

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA**

**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**BRUNA LUIZA DE SOUZA PFIFFER DE OLIVEIRA**

**A PONDERAÇÃO DE ROBERT ALEXY NOS TRIBUNAIS PÁTRIOS: A  
LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS LIMITES DO DISCURSO DE ÓDIO**

**Florianópolis**

**2016**

**BRUNA LUIZA DE SOUZA PFIFFER DE OLIVEIRA**

**A PONDERAÇÃO DE ROBERT ALEXY NOS TRIBUNAIS PÁTRIOS: A  
LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS LIMITES DO DISCURSO DE ÓDIO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao  
Centro de Ciências Jurídicas da Universidade  
Federal de Santa Catarina, como requisito parcial à  
obtenção do título de Bacharela em Direito.

**Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Dra. Grazielly Alessandra  
Baggenstoss**

**Florianópolis**

**2016**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

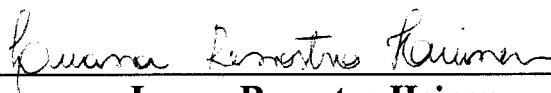
O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “A ponderação de Robert Alexy nos tribunais pátrios: a liberdade de expressão e os limites do discurso de ódio”, elaborado pela acadêmica “Bruna Luiza de Souza Pfiffer de Oliveira”, defendido em 05/07/2016 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 05 de julho de 2016



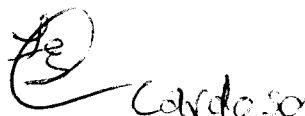
---

**Grazielly Alessandra Baggenstoss**  
Professor Orientador



---

**Luana Renostro Heinen**  
Membro de Banca



---

**Luiz Eduardo Dias Cardoso**  
Membro de Banca



**Universidade Federal de Santa Catarina**  
**Centro de Ciências Jurídicas**  
**COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E**  
**ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluno(a): Bruna Luiza de Souza Pfiffer de Oliveira

RG: 5.775.780

CPF: 082.078.619-59

Matrícula: 11203056

Título do TCC: A ponderação de Robert Alexy nos tribunais pátrios: a liberdade de expressão e os limites do discurso de ódio

Orientador(a): Grazielly Alessandra Baggenstoss

Eu, Bruna Luiza de Souza Pfiffer de Oliveira , acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 05 de julho de 2016.

*Bruna Pfiffer*

---

**Bruna Luiza de Souza Pfiffer de Oliveira**

## AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Adriana, e ao meu pai, Marcelo, por acreditarem incondicionalmente em mim, sempre me incentivando a alcançar os objetivos da melhor forma possível;

Ao meu segundo pai, Valmir, sem o qual atingir o sonho da Graduação na Federal não teria sido possível;

Aos meus avós, Guiomar e Aldemir, meus primeiros exemplos e maiores motivadores da vida acadêmica;

Ao meu avô Luiz, *in memoriam*, minha principal fonte de inspiração na vida e, principalmente, no Direito; à minha vó Dercy, cujo carinho foi fundamental em toda essa caminhada;

À minha irmã, aos meus irmãos e demais familiares, por sempre esperarem o melhor de mim;

À minha orientadora, Professora Grazielly, pelo auxílio excepcional e imprescindível para a plenitude deste trabalho;

À Professora Luana Renostro Heinen e ao Mestrando Luiz Eduardo Cardoso Dias, por terem aceitado fazer parte da banca examinadora deste trabalho e pelas importantíssimas considerações que realizaram após a minha defesa;

Às minhas amigas e aos meus amigos, pela confiança depositada em mim e por todas as palavras e momentos de apoio e encorajamento;

A todas e todos os Mestres com os quais eu tive o prazer de aprender, por todos os ensinamentos;

A quem mais tenha, de alguma forma, contribuído para o desenvolvimento desta pesquisa;

Muito obrigada.

**“Mas um tal poder [de liberdade], se não tiver freio, importará no esmagamento dos fracos pelos fortes e na ausência de toda liberdade dos primeiros.”**

**Rose Maria Mossé-Bastide, 1974.**

**“O direito existe para o homem, não o homem para o direito.**

**E os homens vivem em comunidade, para o que é necessário compreensão, tolerância e limites em suas ações, contrariamente ao quê nada pode dar certo.**

**Não há alguém tão melhor que o outro que possa submeter a sua vida a patamar superior a todos os outros.**

**Mas todos devem respeito à vida, às escolhas e às opções de cada um.”**

**Ministra Carmen Lucia, 2015.**

## RESUMO

OLIVEIRA, Bruna Luiza de Souza Pfiffer. **A ponderação de Robert Alexy nos tribunais pátrios: a liberdade de expressão e os limites do discurso de ódio.** 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito – Área: Hermenêutica Jurídica) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis.

O presente trabalho tem por objetivo verificar quais as possíveis consequências jurídicas das manifestações de pensamento de cunho discriminatório, denominadas como discursos de ódio, de acordo com nosso ordenamento jurídico. Para tanto, delimita-se o trabalho em pesquisa amostral de tribunais brasileiros e na aplicação da regra de proporcionalidade de Robert Alexy. Apresenta-se, primeiramente, uma análise doutrinária acerca dos princípios e direitos fundamentais, mormente o da dignidade da pessoa humana e o de liberdade, bem como sua importância consagrada pela Constituição Federal de 1988. Em seguida, discorre-se a respeito da hermenêutica jurídica relativa às normas fundamentais, abordando princípios e métodos clássicos, a necessidade constitucional de fundamentação das decisões judiciais e, após, a forma de resolução de conflitos, também conhecida como ponderação, técnica de racionalização judicial teorizada por Robert Alexy. Por fim, examina-se como se dá a aplicação da ponderação pelos tribunais pátrios, mediante pesquisa amostral de julgados em que são tratados casos de colisão entre o direito fundamental da liberdade de expressão e outros direitos fundamentais que concretizam o princípio fundamental da dignidade humana. Utiliza-se o método de procedimento monográfico, o método de abordagem indutivo e a técnica de pesquisa indireta, com pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial.

Palavras-chave: Discurso de ódio. Liberdade de expressão. Dignidade humana. Colisão de normas fundamentais. Ponderação.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
<b>1 FUNDAMENTOS DA DIGNIDADE DA PESSOA E DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....</b>	<b>3</b>
1.1 NORMAS JURÍDICAS: PRINCÍPIOS E REGRAS .....	3
1.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	5
1.3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO METAPRINCÍPIO .....	12
1.3.1 <i>Considerações gerais históricas.....</i>	<i>12</i>
1.3.2 <i>Delineamentos conceituais sobre a dignidade da pessoa humana .....</i>	<i>16</i>
1.4 DIREITO DE LIBERDADE E LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	19
<b>2 A ANÁLISE INTERPRETATIVA DAS NORMAS FUNDAMENTAIS: A HERMENÊUTICA E SUAS POSSIBILIDADES TEÓRICAS .....</b>	<b>26</b>
2.1 PRINCÍPIOS E MÉTODOS CLÁSSICOS DE INTERPRETAÇÃO.....	26
2.2 A LEGITIMAÇÃO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL: A DECISÃO JUDICIAL ARRAZOADA.....	34
2.2.1 <i>O princípio contramajoritário do Poder Judiciário .....</i>	<i>34</i>
2.2.2 <i>A exigência constitucional da fundamentação das decisões .....</i>	<i>36</i>
2.3 A PONDERAÇÃO COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ....	39
<b>3 O CONFLITO ENTRE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA E O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL: PESQUISA AMOSTRAL DOS JULGADOS PÁTRIOS .....</b>	<b>47</b>
3.1 A REGRA DA PROPORCIONALIDADE EM NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	47
3.2 O DISCURSO DE ÓDIO COMO LIMITE À LIBERDADE DE EXPRESSÃO	52
3.2.1 <i>Julgado sobre discriminação racial.....</i>	<i>53</i>
3.2.2 <i>Outros julgados destacados .....</i>	<i>58</i>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>69</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>73</b>

## INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão, garantida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é direito fundamental e sustentáculo do regime democrático. Não possui, no entanto, caráter absoluto.

Há quem diga que, sob o argumento de exercício do direito de liberdade de expressão, possam ser proferidos discursos de ódio. Discurso de ódio é uma manifesta discriminação a determinado grupo de pessoas, que pode se dar mediante qualquer forma de expressão, uma “comunicação que não carrega nenhum outro significado além da expressão de ódio por algum grupo, especialmente em circunstâncias nas quais a comunicação é susceptível de provocar violência”<sup>1</sup>.

O acirramento desse tipo fala não é um fenômeno exclusivamente brasileiro. Na Europa, por exemplo, a situação é tão alarmante que o Conselho da Comissão Europeia contra Racismo e Intolerância (ECRI) se reuniu para definir orientações para os 47 membros do Conselho da Europa sobre como prevenir, auxiliar as vítimas e lidar com as consequências do discurso de ódio<sup>2</sup>.

Foi justamente a eminente intensificação de manifestações odiosas que despertou o interesse neste tema.

Como problema desta pesquisa, questiona-se se, a partir de uma pesquisa amostral dos julgados pátrios, qual a limitação da liberdade de expressão de acordo com a aplicação, parte dos tribunais pátrios, da ponderação, técnica de explanação de racionalidade judicial teorizada por Robert Alexy. Diante disso, o objetivo deste trabalho é analisar a aplicação da ponderação, nos moldes alexianos, por parte dos tribunais brasileiros, e, também, verificar quais os possíveis limites da liberdade de expressão, de acordo com o ordenamento jurídico do País, quando contraposta com outros direitos fundamentais, como o da proteção à intimidade, honra, imagem e vida

---

<sup>1</sup> ALMEIDA, Rafael Luft de. A liberdade de expressão e o discurso de ódio na era da internet. São Paulo: Revista de Direitos das novas tecnologias, p. 16.

<sup>2</sup> COUNCIL OF EUROPE. *States should sanction the use of hate speech, while safeguarding freedom of expression, says Council of Europe anti-racism commission*. 2016. Disponível em: <[http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Library/PressReleases/212\\_2016\\_03\\_21\\_GPR15\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Library/PressReleases/212_2016_03_21_GPR15_en.asp)>. Acesso em 24 de junho de 2016. Tradução livre.

privada, assim como o da não discriminação racial, os quais são a concretização do princípio fundamental da dignidade humana.

Para isso, utilizar-se-á o método de procedimento monográfico, o método de abordagem indutivo e a técnica de pesquisa indireta, com pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial.

Primeiramente, far-se-á uma análise histórica e conceitual dos princípios e direitos constitucionais, de forma geral, e, após, mais especificadamente, do princípio da dignidade da pessoa e do direito de liberdade, mormente os relacionados à expressão de pensamento.

Feito isso, passar-se-á ao estudo da hermenêutica das normas fundamentais, abordando as possíveis formas de resolução de conflitos, demonstrando-se rapidamente os métodos clássicos de interpretação e a imprescindibilidade da fundamentação nas decisões judiciais, notadamente naquelas que limitam o exercício de algum direito.

Após, explorar-se-á a técnica da ponderação de princípios criada pelo alemão Robert Alexy, amplamente utilizada pelo Tribunal Constitucional alemão, por vezes mencionada em nossa jurisprudência, verificando-se, inclusive, a viabilidade de aplicação em nosso ordenamento jurídico.

Por fim, proceder-se-á a verificação das possíveis consequências jurídicas de uma manifestação de ódio no Brasil, mediante a observância de nossa jurisprudência. Para a análise amostral, efetuou-se pesquisa nos sítios eletrônicos das Cortes Superiores e do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, para buscar julgados cujo objeto da controvérsia fosse o conflito entre a liberdade de expressões e outros direitos fundamentais.

Nesta pesquisa, para a escolha dos casos abordados, optou-se por aqueles que demonstram com maior clareza o entendimento majoritário das cortes, tendo alguns deles, inclusive, servido de parâmetro e razão de decidir de julgamentos posteriores.

Para melhor elucidação, o estudo será dividido da seguinte forma: primeiro, tratar-se-á da limitação da liberdade de expressão em se tratando de discursos tipificados como discriminação racial (Lei 7.716/1989) e, depois, de outros conflitos envolvendo esse direito fundamental, nos quais é possível perceber que o limite é, justamente, a expressão de ódio.

# 1 FUNDAMENTOS DA DIGNIDADE DA PESSOA E DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

## 1.1 NORMAS JURÍDICAS: PRINCÍPIOS E REGRAS

A construção teórica de Ronald Dworkin elucida que as normas jurídicas podem ser divididas em princípios e regras. Este autor, para distinguir princípios e regras, afirma haver entre eles diferença lógica e qualitativa.

Antes e para isso, é preciso abordar sucintamente a doutrina de Herbert L.A. Hart, que coloca o Direito como um sistema de regras, “constrói um modelo complexo, o Direito como a união entre regras primárias e regras secundárias”<sup>3</sup>.

Para tal autor, as regras primárias “determinam que as pessoas façam ou se abstenham de fazer certas ações”; as secundárias, por sua vez, “asseguram às pessoas a possibilidade de criar, extinguir, modificar, julgar” aquelas. Neste sentido, enquanto, “as regras do primeiro tipo impõem deveres, as regras do segundo tipo atribuem poderes, publico ou privado”<sup>4</sup>.

Dentre os tipos de regras primárias e secundárias, aqui interessa a *regra de conhecimento*, que, estabelecendo critérios mediante os quais “a validade de outras regras é avaliada, é uma regra última e, em consequência, introduz a noção de sistema”<sup>5</sup>. Não pode ser válida nem inválida, simplesmente aceita como apropriada para determinar as regras que pertencem ou não a determinado sistema.

Dworkin, por sua vez, aduz a insuficiência do modelo criado por Hart. Para ele, por possuírem uma estrutura aberta, as regras se mostram insuficientes à medida que, em casos mais enigmáticos, os julgadores têm de utilizar a sua discricionariedade para chegar a uma decisão<sup>6</sup>.

No entanto, elucida Vera Karam Chueri que a atuação dos juízes é diferente da dos legisladores:

---

<sup>3</sup> SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 34.

<sup>4</sup> SANTOS, 1999, p. 35.

<sup>5</sup> SANTOS, 1999, p. 35.

<sup>6</sup> SANTOS, 1999, p. 41.

[...] quando os juízes constroem regras [...] não anteriormente reconhecidas, não são eles livres no sentido em que são os legisladores. Os juízes devem tomar suas decisões costumeiras apoiados em princípios e não em políticas; devem desenvolver argumentos acerca do porque as partes tinham, de fato, “novos” direitos e deveres jurídicos, os quais eles exigem que sejam cumpridos <sup>7</sup>.

Ao afirmar que juízes utilizam princípios e não regras, admite-se que são espécies diferentes de norma, conforme ensina Santos:

[...] embora orientem para decisões específicas sobre questões de obrigações jurídicas, diferem pelo cunho da orientação que sugerem. Assim, as regras, ao contrário dos princípios, indicam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando ocorrem as condições previstas. [...] Um princípio não determina as condições que tornam a sua aplicação necessária. Ao revés, estabelece uma razão (fundamento) que impele o intérprete numa direção, mas que não reclama uma decisão específica única <sup>8</sup>.

Em *Taking Right Seriously*, Dworkin criou dois critérios, os quais foram baseados em duas ideias principais: a do *tudo ou nada* e a do *peso ou importância*.

Ensina Eros Roberto Grau que, segundo o primeiro critério:

As regras jurídicas são aplicáveis por completo ou não são, de modo absoluto, aplicáveis. Trata-se de um *tudo ou nada*. Desde que os pressupostos de fato aos quais a regra se refira [...] se verifiquem, em uma situação concreta, e sendo ela válida, em qualquer caso há de ser aplicada. Já os princípios jurídicos atuam de modo diverso: mesmo aqueles que mais se assemelham às regras não se aplicam automática e necessariamente quando as condições previstas como suficientes para sua aplicação se manifestam.

E, quanto ao segundo critério, o mesmo autor elucida:

Os princípios possuem uma dimensão que não é própria das regras jurídicas: a *dimensão do peso ou importância*. Assim, quando se entrecruzam vários princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles (...). As regras não possuem tal dimensão. Não podemos afirmar que uma delas, no interior do sistema normativo, é mais importante do que outra, de modo que, no caso do conflito entre ambas, deve prevalecer uma em virtude de seu peso maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não é válida. <sup>9</sup>

Assim, para a doutrina que adota a concepção de Dworkin, princípios são normas cujo grau de abstração é relativamente elevado e, sendo assim, carecem de “mediações concretizadoras”. Além disso, possuem função fundamental no ordenamento jurídico e são “*standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’”. São,

<sup>7</sup> CHUERI, Vera Karan. Filosofia do direito e modernidade – Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM, 1995, p. 73.

<sup>8</sup> SANTOS, F. F. dos, 1999, pp. 43 e 44.

<sup>9</sup> GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica da Constituição de 1988 (interpretação e crítica). São Paulo: RT, 1990, pp. 107-109 e 110-111.

por fim, “fundamentos de regras, isto é, normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante”<sup>10</sup>.

Para Alexy, no entanto, a distinção entre princípios e regras não se dá pela generalidade, ou seja, não é apenas uma diferença de grau, e sim uma diferença qualitativa.

Assim:

[...] o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, conforme as possibilidades jurídicas e fáticas. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. [...] Toda norma é ou uma regra ou um princípio<sup>11</sup>.

É justamente esse o entendimento que se adota para o presente trabalho.

Na concepção necessária a esta pesquisa, as essenciais normas jurídicas, como princípios, do ordenamento jurídico pátrio, são os direitos fundamentais, a serem abordados a seguir.

## 1.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

O regime da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é fundado no *princípio democrático*, o qual institui um Estado Democrático de Direito, como se pode vislumbrar já no Preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, livre, justa e solidária e sem preconceitos (art. 3º, II e IV), com fundamento na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa

<sup>10</sup> CANOTILHO, Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 5ª ed., Coimbra, Almedina, 1991, pp. 166-168.

<sup>11</sup> ALEXY, Robert *Theorie der grundrechte*, 1986. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de SILVA, Virgílio Afonso da, da 5ª ed. alemã publicada pela *Suhrkamp Verlag*, 2006, pp. 90 e 91.

humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político<sup>12</sup>.

A expressão *princípios fundamentais* trazida no Título I exprime, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, a noção de “mandamento nuclear de um sistema”.<sup>13</sup> São, assim, base de normas jurídicas, “ordenações que irradiam e imantam os sistemas de normas”<sup>14</sup>.

Os princípios constitucionais dividem-se, segundo Gomes Canotilho, em duas categorias básicas: a dos políticos-constitucionais – constituem a matéria dos artigos 1º a 4º da Constituição Federal e se manifestam como *princípios constitucionais fundamentais*, positivados em *normas-princípio*, traduzindo as escolhas políticas fundamentais formadoras da Carta Maior; e a dos jurídico-constitucionais – figuram nos incisos XXXVIII a LX do artigo 5º e são, em geral, desdobramentos ou derivações daqueles da primeira categoria<sup>15</sup>.

Afonso da Silva, a respeito dessas normas, apresenta a seguinte discriminação:

- (a) princípios relativos à existência, forma, estrutura e tipo de Estado: República Federativa do Brasil, soberania, Estado Democrático de Direito (art. 1º);
- (b) princípios relativos à forma de governo e à organização dos poderes: República e separação dos poderes (arts. 1º e 2º);
- (c) princípios relativos à organização da sociedade: princípio da livre organização social, princípio de convivência justa e princípio da solidariedade (art. 3º, I);
- (d) princípios relativos ao regime político: princípio da cidadania, **princípio da dignidade da pessoa**, princípio do pluralismo, princípio da soberania popular, princípio da representação política e princípio da participação popular direta (art. 1º, parágrafo único);
- (e) princípios relativos à prestação positiva do Estado: princípio da independência e do desenvolvimento nacional (art. 3º, II), princípio da justiça social (art. 3º, III) e princípio da não discriminação (art. 3º, IV);
- (f) princípios relativos à comunidade internacional: da independência nacional, do respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, da autodeterminação dos povos, da não-intervenção, da igualdade dos Estados, da solução pacífica dos conflitos e da defesa da paz, do repúdio ao terrorismo e ao racismo, da cooperação entre os povos e o da integração da América Latina (art. 4º) (grifou-se)<sup>16</sup>.

O mesmo autor faz, ainda, diferenciação entre princípios fundamentais e princípios gerais do Direito Constitucional, segundo a qual, os primeiros, positivados,

<sup>12</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 02 de abril de 2016.

<sup>13</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 24ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007, pp. 450 e 451.

<sup>14</sup> SILVA, 2008. cit., 92.

<sup>15</sup> CANOTILHO, 1991, pp. 177 e ss.

<sup>16</sup> SILVA, 2008, pp. 94 e 95.

traduzem-se em normas fundamentais e “explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte”<sup>17</sup>, enquanto os outros, servindo de base à estruturação do Estado, são conceitos e princípios gerais, “*summa genera* do direito constitucional, fórmulas básicas ou postos-chaves de interpretação e construção teórica do constitucionalismo”<sup>18</sup>.

O termo **direitos fundamentais**, especificamente, contemplado no Título II da Constituição Federal de 1988, destina-se a designar, no direito positivo, “aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”<sup>19</sup>, considerados princípios por Robert Alexy, conforme será trabalhado pormenorizadamente nos capítulos a seguir.

Além de trazê-los no início do texto constitucional, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, o Constituinte consagrou maior proteção a esses direitos à medida que os incluiu no rol de “cláusulas pétreas” do art. 60, § 4º, impedindo sua supressão ou erosão por Emendas ou ações infraconstitucionais.

De acordo com Hans-P. Schneider (1979 *apud* SARLET, 2015, pp. 60 e 61):

[tais direitos podem ser reputados como] *conditio sine qua non* do Estado constitucional democrático; passam a ser considerados, para além de sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual, elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico<sup>20</sup>.

O italiano Luigi Ferrajoli<sup>21</sup>, por sua vez, leciona que todos os direitos fundamentais correspondem à essencial condição de validade de normas infraconstitucionais, ao mesmo tempo em que manifestam os escopos que orientam o moderno Estado de Direito<sup>22</sup>.

---

<sup>17</sup> CANOTILHO, 1991, p. 178.

<sup>18</sup> SILVA, 2008, p. 95.

<sup>19</sup> SILVA, 2008, p. 178.

<sup>20</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, pp. 60 e 61.

<sup>21</sup> Em que pese defenda diferenças substanciais na diferenciação das normas jurídicas, o texto do autor italiano utilizado neste trabalho coaduna-se com a linha de pensamento defendida na perseguição da resposta ao problema.

<sup>22</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999, p. 22.



Para Carl Schmitt, direitos fundamentais são “apenas aqueles direitos que constituem fundamento do próprio Estado e que, por isso e como tal, são reconhecidos pela Constituição”<sup>23</sup>.

Alexy, no entanto, considera essa ideia é problemática, uma vez que, por ser substancial, “vincula de antemão o conceito de direito fundamental a uma determinada concepção de Estado”. Tal autor acredita ser mais conveniente vincular tal conceito a um critério formal, ou seja, relativo ao modo de positivação<sup>24</sup>.

No que se refere às características dos direitos fundamentais, José Afonso da Silva ensina que são: a historicidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a irrenunciabilidade<sup>25</sup>.

O mesmo autor, quanto à classificação, apresenta a discriminação dos direitos fundamentais em seis grupos: direitos individuais (art. 5º); direitos à nacionalidade (art. 12); direitos políticos (arts. 14 a 17); direitos sociais (arts. 6º e 193 e ss.) direitos coletivos (art. 5º); direitos solidários (arts. 3º e 225)<sup>26</sup>.

Ainda a respeito da classificação, o Professor João dos Passos Martins Neto ensina que “os direitos qualificados em nossa Constituição como fundamentais constituem uma fração do gênero dos direitos subjetivos, isto é, um *subgênero*, ou uma de suas *classes*”<sup>27</sup>.

Importante distinção a se fazer é aquela anotada por Ruy Barbosa, entre direitos e garantias fundamentais, em que pese a Constituição tê-los colocado no mesmo Título. Segundo Ruy:

[...] no texto da lei fundamental, as disposições *meramente declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os *direitos*; estas, as garantias: ocorrendo não raro

<sup>23</sup> SCHMITT, Carl. *Grundrechte und grundpflichten*, 1932, e *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 2ª ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1973, p. 190.

<sup>24</sup> ALEXY, 2006, pp. 67 e 68.

<sup>25</sup> SILVA 2008, p. 181.

<sup>26</sup> SILVA, 2008, p. 184.

<sup>27</sup> MARTINS NETO, João dos Passos. Direitos fundamentais. São Paulo: RT, 2003, p. 78.

juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito<sup>28</sup>.

Para este estudo interessam somente as *garantias dos direitos fundamentais*, que Afonso da Silva distingue em dois grupos:

- (1) *garantias gerais*, destinadas a assegurar a existência e a efetividade (eficácia social) daqueles direitos, as quais “se referem à organização da comunidade política, e que poderíamos chamar condições econômico-sociais, culturais e políticas que favorecem o exercício dos direitos fundamentais”; o “conjunto dessas garantias gerais formará a estrutura social que permitirá a existência real dos direitos fundamentais”; trata-se da estrutura de uma sociedade democrática, que conflui para a concepção do Estado Democrático de Direito, consagrada agora no art. 1º [...];
- (2) *garantias constitucionais*, que consistem nas instituições, determinações e procedimentos mediante os quais a própria Constituição tutela a observância ou, em caso de inobservância, a reintegração dos direitos fundamentais. São por seu lado, de dois tipos: (a) *garantias constitucionais gerais*, que são instituições constitucionais que se inserem no mecanismo de freios e contrapesos dos poderes [...]; (b) *garantias constitucionais especiais*, que são prescrições constitucionais estatuinto técnicas e mecanismos que, limitando a atuação dos órgãos estatais ou de particulares, protegem a eficácia, a aplicabilidade e a inviolabilidade dos direitos fundamentais de modo especial [...]<sup>29</sup>.

Esse conjunto de garantias dos direitos fundamentais compõe o sistema de proteção destes – proteção social, política e jurídica.

Para Afonso da Silva, as garantias constitucionais especiais, e não os direitos fundamentais, é que são direitos públicos subjetivos, uma vez que conferidas por normas constitucionais para exigir “o respeito, a observância, o cumprimento dos direitos fundamentais em concreto” pelos particulares, implicando em intervenções do Poder Público para assegurar a concretização dos direitos por elas garantidos<sup>30</sup>.

Os direitos fundamentais elencados na Constituição dividem-se em *individuais* e *coletivos*, conforme o art. 5º - as garantias destinadas a assegurá-los não estão expressamente mencionadas no Título II (*Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*), mas, como já dito, também se encontram no decorrer dos incisos. Importante ressaltar que são destinados tanto aos brasileiros quanto aos estrangeiros residentes no País.

<sup>28</sup> BARBOSA, Ruy. República: teoria e prática (textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República). Petrópolis/Brasília: Vozes/Câmara dos Deputados, 1978, pp. 121 e 124.

<sup>29</sup> SILVA, 2008, p. 188.

<sup>30</sup> SILVA, 2008, p. 189.

Os direitos individuais, por seu turno, podem ser divididos em *direito à vida, direito à intimidade, direito de igualdade, direito de liberdade e direito de propriedade*, todos no art. 5º da CF <sup>31</sup>.

Já os direitos coletivos situam-se espalhados pelo texto constitucional, caracterizados, em sua maior parte, como *direitos sociais*. Para Afonso da Silva, “alguns deles não são propriamente direitos coletivos, mas *direitos individuais de expressão coletiva*, como as liberdades de reunião e de associação” <sup>32</sup>.

No tocante aos deveres individuais e coletivos referidos no Capítulo I do Título II do texto constitucional, explica o autor acima:

[...] cada titular de direitos individuais tem o dever de reconhecer e respeitar igual direito do outro, bem como o dever de comportar-se, nas relações inter-humanas, com postura democrática, compreendendo que a dignidade da pessoa humana do próximo deve ser exaltada como a sua própria <sup>33</sup>.

Pode-se concluir, ante todo o exposto, que direitos fundamentais são aquelas prerrogativas que tem o indivíduo em face do Estado, sendo um dos componentes básicos do Estado Democrático de Direito. Dizem respeito a prestações negativas e positivas, ou seja, a abstenções da prática de certos atos e a deveres de prestação de determinadas condutas.

Dentre esses direitos fundamentais individuais encontram-se alguns diretamente relacionados com o tema deste trabalho: o discurso de ódio. Sem adentrar na temática principal (o conflito entre o princípio da dignidade da pessoa e o direito fundamental da liberdade de expressão), pertinente mencionar rapidamente outros direitos fundamentais que também são atingidos por essas manifestações odiosas.

O primeiro que se pode relacionar com o discurso de ódio é o *Direito à Privacidade*, consagrado pela Carta Maior no art. 5º, X, que declara invioláveis a *intimidade, a vida privada, a honra e a imagem* das pessoas, assegurando, ainda, no inciso V, o direito à resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

---

<sup>31</sup> SILVA, 2008, p. 194.

<sup>32</sup> SILVA, 2008, p. 195.

<sup>33</sup> SILVA, 2008, p. 196.

Explica Afonso da Silva que “a *honra* é o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação. [...] A pessoa tem o direito de preservar a própria dignidade”<sup>34</sup>. Assim, vislumbra-se que o direito fundamental à *privacidade*, dentre o qual se destaca a inviolabilidade à *honra*, está diretamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa.

Outro direito fundamental cujo destaque é importante é o *de igualdade*, sobre o qual leciona o autor supracitado:

Além da base geral em que assenta o princípio da igualdade perante a lei, consistente em tratamento igual a situações iguais e tratamento desigual a situações desiguais, a Constituição *veda distinções de qualquer natureza* (art. 5º, *caput*). As Constituições anteriores enumeravam as razões impeditivas de discrimine: *sexo, raça, trabalho, credo, religioso e convicções políticas* (grifo meu). Esses fatores continuam a ser encarecidos como possíveis fontes de discriminações odiosas e, por isso, desde logo, proibidas expressamente, como consta do art. 3º, IV [...]. A Constituição assim o faz porque essas razões preconceituosas são as que mais comumente se tomam como fundamento de discriminação<sup>35</sup>.

O art. 3º, IV, da CF dispõe que constitui objetivo fundamental da nossa República “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Da Silva explica que o termo *origem*, que não se encontrava nas Constituições anteriores, foi adicionado nesta porque *raça* e *cor* já não eram suficientes; “nem raça nem cor abrangem certas formas de discriminações com base na *origem*, como, por exemplo, discriminações de nordestinos e de pessoas de origem social humilde”<sup>36</sup>.

Outra questão interessante é a que se refere à proibição de distinção por convicções filosóficas ou políticas. Pontes de Miranda fala sobre o Estado não mais poder discriminar pessoas em função de suas convicções, negando-lhes cargos e até mesmo impedindo-lhes de realizar concursos públicos (o que, segundo ele, sempre se fez)<sup>37</sup>.

No entanto, além disso, é possível estender esse direito para a relação entre os próprios concidadãos, de maneira que não possa haver diferenciação, muito menos ofensas, entre uns e outros, com base em suas convicções.

---

<sup>34</sup> SILVA, 2008, p. 209.

<sup>35</sup> SILVA, 2008, p. 223.

<sup>36</sup> SILVA, 2008, pp. 224 e 225.

<sup>37</sup> MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*, t. IV, 708.

Feita essa análise geral, passar-se-á a abordar as duas normas jurídicas basilares e estruturais para este trabalho.

### 1.3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO METAPRINCÍPIO

Antes de discorrer a respeito da atual concepção da expressão “dignidade da pessoa humana” presente na Constituição Federal, importante demonstrar um histórico acerca de seu conceito.

#### 1.3.1 Considerações gerais históricas

A ideia de um “valor intrínseco da pessoa”, hoje entendido como *dignidade humana*, data da antiguidade clássica. Até mesmo no Antigo Testamento há menção de uma qualidade própria da nossa espécie, em que pese a Igreja tê-la renegado durante muito tempo da história, mormente durante a Idade Média (Inquisição, Cruzadas, “caça às bruxas”).

Na filosofia política da antiguidade clássica, a *dignitas* humana se referia à posição e prestígio social dos indivíduos, sendo possível se falar, àquela época, em uma “quantificação e modulação da dignidade”<sup>38</sup>.

No pensamento estóico, por outro lado, a dignidade era reconhecida como uma qualidade que distinguia o ser humano dos demais seres. Assim, entendia-se que todas as pessoas eram dotadas da mesma dignidade, o que se encontra estreitamente ligado à noção da liberdade pessoal de cada um.

Nesse sentido, especialmente em Roma, passou-se a “reconhecer a coexistência de um sentido moral (seja no que diz às virtudes pessoais do mérito, integridade, lealdade, entre outras, seja na acepção estóica referida) e sociopolítico de dignidade (aqui no sentido da posição social e política ocupada pelo indivíduo)”<sup>39</sup>.

Já na Idade Média, São Tomás de Aquino, influenciado pelas concepções anteriores, proclamou que o fundamento da dignidade se encontra tanto na circunstância de que o ser humano foi criado “à imagem e semelhança de Deus”, quanto “na

---

<sup>38</sup> SARLET, 2009, p. 32.

<sup>39</sup> SARLET, 2009, p. 33.

capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana”, de modo que, ante a sua dignidade, a pessoa, naturalmente livre, existe para sua própria vontade <sup>40</sup>.

Merece menção, principalmente diante do objetivo deste trabalho, o espanhol Francisco de Vitoria, que, ainda no século XVI, durante a expansão colonialista da Espanha, afirmou, em oposição à sucessão de atos desumanos de assassinato, exploração e escravização dos povos indígenas que habitavam as terras invadidas pelos europeus, que aqueles eram igualmente livres e iguais a estes, devendo ser respeitados como sujeitos de direitos, em função “do direito natural e de sua natureza humana” <sup>41</sup>.

Nos dois séculos seguintes (XVII e XVIII), durante o domínio do pensamento jusnaturalista, mas já no caminho do Iluminismo, houve uma racionalização e laicização da concepção da dignidade humana e da ideia do direito natural, conservando-se, porém, a noção fundamental de igualdade e liberdade a todos.

Nesse contexto, Immanuel Kant trouxe a ideia da autonomia ética do homem, considerando esta como fundamento da dignidade; além disso, sustentou que nenhum indivíduo pode ser tratado como objeto, nem mesmo por ele próprio. Foi ali que, de certo modo, completou-se o processo de secularização da dignidade.

Assim, idealizando sua concepção a partir da racionalidade humana, Kant assinala que a autonomia da vontade (a possibilidade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com certas leis) é um atributo encontrado apenas em seres racionais e constitui a base da dignidade humana <sup>42</sup>.

É justamente esse pensamento que parece estar sendo base da fundamentação e até mesmo conceituação da dignidade da pessoa. Houve, no entanto, uma série de críticas formuladas desde a criação de sua doutrina até hoje, sendo uma delas interessante destacar.

Friedrich Hegel, um dos principais filósofos do idealismo alemão do século XIX, desenvolveu uma noção de dignidade fundamentada na *eticidade*, argumentando que “o ser humano não nasce digno – já que Hegel refuta uma concepção estritamente

---

<sup>40</sup> SARLET 2009, p. 34.

<sup>41</sup> SARLET, 2009, p. 34.

<sup>42</sup> KANT, Immanuel. Fundamentos da metafísica dos costumes, In Os Pensadores – Kant (II). Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980, pp. 134 e 141.

ontológica de dignidade -, mas torna-se digno a partir do momento em que assume sua condição de cidadão”. Resultado desta perspectiva é a “máxima de que cada um deve ser pessoa e respeitar os outros como pessoa”<sup>43</sup>.

De qualquer forma, pode-se afirmar que uma ordem constitucional que consagra a ideia da dignidade humana, tal qual a brasileira o faz, parte de um pressuposto de que todo indivíduo, seja simplesmente por sua condição humana (jusnaturalismo; Kant) ou por sua condição como cidadão (Hegel), é titular de direitos, os quais devem ser reconhecidos e respeitados pelos demais.

Ainda sobre as concepções da dignidade humana, agora de acordo com a sua proteção a interesses individuais e coletivos na sociedade, Miguel Reale utilizou a seguinte terminologia: individualismo, transpersonalismo e personalismo<sup>44</sup>.

A primeira caracteriza-se pela ideia de que cada indivíduo é o ponto de partida e, ao cuidar de seus interesses, “protege e realiza, indiretamente, os interesses coletivos”. Nesse sentido, de acordo com Adam Smith<sup>45</sup>, da livre iniciativa de cada um resultará “a máxima vantagem para todos”. Ainda segundo Reale, nessa concepção “a função do Estado será, primordialmente, a defesa das liberdades individuais”.

A segunda é exatamente o oposto. Para esta concepção, “é realizando o bem coletivo, o bem do todo, que se salvaguardam os interesses individuais; inexistindo harmonia espontânea entre o bem do indivíduo e o bem do todo, devem preponderar, sempre, os valores coletivos. [...] A dignidade da pessoa humana realiza-se no coletivo”.

A corrente marxista é a consectária mais expressiva do transpersonalismo, colocando o homem como um ser social e o socialismo como sua forma de emancipação. Consequência lógica dessa corrente é a colocação do Direito, por meio da interpretação, como limitador da liberdade em favor da igualdade, privilegiando os interesses da sociedade em detrimento dos individuais<sup>46</sup>.

A terceira corrente, denominada por Reale personalismo, rejeita ambas as concepções anteriores:

---

<sup>43</sup> SARLET, 2009, pp. 40 e 41.

<sup>44</sup> REALE, Miguel. Filosofia do direito. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 277.

<sup>45</sup> SMITH, Adam. A Riqueza das nações, p. 95.

<sup>46</sup> SANTOS, 1999, pp. 30 e 31.

Marcante nesta teoria, em que se busca, mormentemente, a compatibilização, a interrelação entre os valores individuais e valores coletivos, é a distinção entre indivíduo e pessoa. Se ali, exalta-se o individualismo, o homem abstrato, típico do liberalismo-burguês, aqui, destaca-se que ele “não é apenas uma parte. Como uma pedra-de-edifício num todo, ele é, não obstante, uma forma do mais alto gênero, uma pessoa, em sentido amplo – o que uma unidade coletiva jamais pode ser”, como sintetiza Nicolai Hartmann, citado por Mata-Machado. [...] “não há no mundo valor que supere ao da pessoa humana”, a primazia pelo valor coletivo não pode, nunca, sacrificar, ferir o valor da pessoa. **A pessoa é, assim, um *minimum*, ao qual o Estado, ou qualquer outra instituição, ser, valor não pode ultrapassar** (grifou-se) <sup>47</sup>.

Como bem explicam José Canotilho e Vital Moreira:

concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invoca-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana <sup>48</sup>.

Pode-se perceber, ante o exposto, que não é possível conceituar a dignidade humana de maneira concreta e fixa, mormente porque uma tentativa de criação de uma noção jurídica definitiva iria de encontro ao pluralismo e a diversidade de valores que são a base de uma sociedade democrática.

Por outro lado, ainda que o processo de construção e desenvolvimento da concepção da dignidade seja permanente, é possível compreendê-la, de maneira geral, como “qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana” <sup>49</sup> e mandamento nuclear e fundamento do nosso ordenamento jurídico.

Nesse sentido é o entendimento externado pela Declaração Universal de Direitos Humanos, proclamada em 1948, sobretudo em seu preâmbulo e art. 1º <sup>50</sup>:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...].

Artigo 1. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

<sup>47</sup> SANTOS, 1999, pp. 31 e 32.

<sup>48</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª ed., Coimbra: Coimbra, 1984, pp. 58 e 59.

<sup>49</sup> SARLET, 2009, pp. 46 e 47.

<sup>50</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em < <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em 19 de abril de 2016.



### 1.3.2 Delineamentos conceituais sobre a dignidade da pessoa humana

A adoção, por parte do Constituinte do 1988, da dignidade da pessoa humana como fundamento da República e do nosso Estado Democrático de Direito, reputa-a como concreta e individualmente objeto basilar de reconhecimento e proteção pela ordem constitucional.

Com efeito, oportuno reportar-se à lição de Pérez Luño, segundo a qual “a dignidade da pessoa humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo”<sup>51</sup>.

Em que pese a noção de dignidade possuir origem historicamente remota, como já explanado acima, a sua positivação é relativamente recente. Ressalvadas as exceções (por exemplo, a Constituição Alemã de 1919 – Weimar), que a proteção constitucional ocorreu, na maioria dos ordenamentos jurídicos ocidentais, tão somente após a Segunda Guerra Mundial, notadamente após a consagração da DUDH, aqui já mencionada.

Nessa perspectiva, ao consagrar a dignidade da pessoa como fundamento do nosso Estado, princípio e valor fundamental, a Lei Maior, “reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não o meio da atividade estatal”<sup>52</sup>.

Convém mencionar, conforme já elucidado na primeira parte deste capítulo, que o dispositivo (texto) não deve ser confundido com a(s) norma(s) nele contida(s), nem com os direitos por esta(s) outorgados, uma vez que “cada direito fundamental pressupõe [...] necessariamente uma norma jusfundamental que o reconheça”<sup>53</sup>.

Assim, vislumbra-se que o dispositivo constitucional que enuncia a dignidade da pessoa, qual seja, o art 1º, III, da CF/88, contém mais de uma norma, sendo que estas, além de princípio, regra e valor fundamentais, são também fundamento de posições

---

<sup>51</sup> LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Derechos humanos, estado de derecho y constitución. 5ª ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 318.

<sup>52</sup> SARLET, 2009, pp. 73 e 74.

<sup>53</sup> SARLET, 2009, p. 76.

jurídicas-subjetivas, ou seja, normas definidoras de direitos e garantias, bem como de deveres fundamentais <sup>54</sup>.

Robert Alexy, ao discorrer sobre a existência ou não de princípios absolutos, menciona que, no direito alemão, há quem sustente que o princípio da dignidade da pessoa é o único direito absoluto, com fundamento no art. 1º, § 1º, 1, da Constituição daquele país (“A dignidade humana é inviolável).

A respeito dessa posição, explica o filósofo que o motivo pelo qual alguns defendem ser um princípio absoluto é que a norma da dignidade humana pode tanto ser tratada como regra quanto como princípio, bem como porque existe um grande grupo de condições de precedência mediante o qual é possível considerar, com alto grau de certeza, que, diante de determinadas condições, tal princípio prevalecerá sobre os demais.

Ainda sobre essa questão ensina Alexy:

Nos casos em que a norma da dignidade humana é relevante, sua natureza de regra pode ser percebida por meio da constatação de que não se questiona se ela prevalece sobre outras normas, mas tão-somente se ela foi violada, ou não. [...] É necessário que se pressuponha a existência de duas normas da dignidade humana: uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade humana. **A relação de preferência entre o princípio da dignidade humana em face de outros princípios determina o conteúdo da regra da dignidade humana.** Não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de preferência. O princípio da dignidade humana pode ser realizado em diferentes medidas. O fato de que, dadas certas condições, ele prevalecerá com maior grau de certeza sobre outros princípios não fundamenta uma natureza absoluta desse princípio, significando apenas que, sob determinadas condições, há razões jurídico-constitucionais praticamente inafastáveis para uma relação de precedência em favor da dignidade humana <sup>55</sup>.

Ferreira dos Santos, divergindo de Alexy, considera que a dignidade da pessoa constitui princípio absoluto, no sentido de que “sendo a pessoa um *minimum* invulnerável, a opção, em determinada situação [de conflito com outro princípio], pelo valor coletivo, por exemplo, não pode nunca sacrificar, ferir o valor da pessoa” <sup>56</sup>.

De qualquer forma, sendo princípio absoluto ou não, a dignidade, condição de valor intrínseco da pessoa, jamais poderá ser sacrificada, já que, em si mesma,

---

<sup>54</sup> SARLET, 2009, p. 77.

<sup>55</sup> ALEXY, 1986, pp. 111 e 115.

<sup>56</sup> SANTOS, 1999, pp. 95 e 86.

insubstituível e “principal elemento fundante e informador dos direitos e garantias fundamentais [...] da Constituição de 1988”<sup>57</sup>.

Essa concepção (de que os direitos fundamentais, especialmente os direitos humanos, encontram fundamento na dignidade da pessoa), quando comparada com a noção de dignidade na condição de direito fundamental que objetiva proteger e promover essa dignidade, foi percebida como uma “dualidade de usos”, à medida que “a dignidade opera tanto como fundamento (a fonte) [...], mas também assume a função de conteúdo”<sup>58</sup>.

Nesse sentido, cada vez mais é possível encontrar na jurisprudência a utilização da dignidade como critério hermenêutico, ou seja, fundamentando a solução dos conflitos, sobretudo “interpretando a normativa infraconstitucional à luz da dignidade da pessoa”<sup>59</sup>.

Aliás, a respeito do processo hermenêutico, é precisamente para efeitos da necessária hierarquização que a dignidade da pessoa tem sido repetidamente declarada como “o princípio (e valor) de maior hierarquia da nossa e de todas as ordens jurídicas que a reconheceram”.

Destarte:

[...] poder-se-á afirmar a existência não apenas de um dever de interpretação conforme a Constituição e os direitos fundamentais, mas acima de tudo [...] de uma hermenêutica que, para além do conhecido postulado do *in dubio pro libertate*, tenha sempre presente o “imperativo segundo o qual em favor da dignidade não deve haver dúvida”<sup>60</sup>.

Desse modo, consoante já acentuado, o princípio da dignidade da pessoa limita a ação estatal, bem como de indivíduos entre si. Com relação a essa atuação do Estado, por fim, merece destaque a lição de Sarlet concernente à existência de função positiva e negativa do princípio em análise. Negativa no sentido de não violar e respeitar a dignidade de cada indivíduo e positiva no sentido de promover, de maneira permanente, a proteção e concretização de uma vida digna a todos os cidadãos<sup>61</sup>. Aqui, então, pertinente a explanação sobre o direito de liberdade.

---

<sup>57</sup> SARLET, 2009, pp. 83 e 88.

<sup>58</sup> SARLET, 2009, p. 88.

<sup>59</sup> SARLET, 2009, p. 89.

<sup>60</sup> SARLET, 2009, p. 92.

<sup>61</sup> SARLET, 2009, pp. 120 e 121.

#### 1.4 DIREITO DE LIBERDADE E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

É sabido que o regime democrático de direito é o que garante a realização dos direitos humanos fundamentais, dentre eles, o da liberdade. O conceito desta é, certamente, passível das mais variadas interpretações.

Dizia Montesquieu em *O Espírito das Leis* que “a liberdade política não consiste em fazer o que se quer. Num Estado, isto é, numa sociedade onde há leis, a liberdade não pode consistir senão em poder fazer o que se deve querer, e a não ser constrangido a fazer o que não se deve querer”<sup>62</sup>.

A definição clássica de Thomas Hobbes relaciona-a à ausência de obstáculos: “liberdade designa exatamente a ausência de oposição”<sup>63</sup>.

Há quem diga, ainda, que liberdade opõe-se à autoridade. No entanto, explica Afonso da Silva que definir aquela em função desta é equivocado:

Liberdade opõe-se a autoritarismo, à deformação da autoridade; não, porém, autoridade legítima. Esta provém do exercício da liberdade, mediante o consentimento popular. Nesse sentido, autoridade e liberdade são situações que se complementam. É que a autoridade é tão indispensável à ordem social – condição mesma da liberdade – como esta é necessária à expansão individual. Um mínimo de coação há sempre que existir. Portanto, não é correta a definição de liberdade como ausência de coação. O que é válido afirmar é que a liberdade consiste na ausência de toda coação anormal, ilegítima e imoral. Daí se conclui que toda lei que limita a liberdade precisa ser lei normal, moral e legítima<sup>64</sup>.

Discorreu-se no início deste capítulo acerca das diversas definições dos direitos fundamentais, concluindo-se que são, em resumo, garantias (no sentido amplo da palavra) que tem o indivíduo em face do Estado, sejam elas positivas ou negativas (de fazer ou não fazer). Viu-se, ainda, que a liberdade (em sentido amplo) é um desses direitos.

No entanto, sabe-se que, para chegar ao patamar normativo em que se encontra hoje, esse direito individual passou por um lento processo histórico, o qual será analisado brevemente.

O cristianismo, com a ideia de que cada pessoa é criada à imagem e semelhança de “Deus”, e a Magna Carta Inglesa de 1215 contribuíram de alguma forma, ainda que

<sup>62</sup> MONTESQUIEU. De l'esprit des lois. Paris: Édition Garnier Frères, 1956, XI, p. 3.

<sup>63</sup> HOBBS, Thomas. *Leviathan*, II, 21, p. 136.

<sup>64</sup> SILVA, 2008, pp. 232 e 233.

mais na teoria do que na prática, no entanto, as conquistas substanciais e definitivas somente ocorreram a partir do século XVII, quando entrou em vigor, em 1689, a Declaração de Direitos da Inglaterra (Bill of Rights).

A partir dali, a ascendência do pensamento iluminista, principalmente na França, e a Independência dos Estados Unidos da América foram primordiais para a evolução da liberdade como direito fundamental.

A independência das colônias norte-americanas ocorridas em 1776 deu origem a várias Declarações de cunho liberal, influenciadas por Locke, Montesquieu, Rousseau. Em que pese a Constituição Federal de 1787 não ter incluído, inicialmente, nenhuma dessas Declarações, em 1789 foram votados dez artigos adicionais, os quais continham a consagração dos direitos fundamentais.

No mesmo ano, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de cunho mais universal e teórico ou racional, muito influenciada por Rousseau e sua obra *O Contrato Social*, trouxe em seu art. 1º que “os homens nascem livres” e estipulou “como fim da sociedade o asseguramento da liberdade natural do homem, assim como a ideia de que a lei, expressão da vontade geral, não pode, por natureza, ser um instrumento de opressão”<sup>65</sup>.

Essas Declarações, bem como as que as seguiram, legitimaram a concepção liberal dos direitos individuais, amplamente conhecida, segundo a qual o Estado satisfaz tais direitos mediante a sua abstenção sobre as ações do indivíduo.

Atualmente, no entanto, sabe-se que um rol de direitos individuais com caráter meramente negativo não é suficiente para garantir a plena liberdade. Essa visão, a propósito, foi introduzida pelo marxismo, que demonstrou a “insuficiência do igualitarismo meramente formal e no caráter muitas vezes platônico de certos direitos, quando não acompanhados de condições materiais necessárias à sua plena efetivação”<sup>66</sup>.

Em decorrência disso, praticamente todas as Constituições atuais outorgam significativa importância aos deveres prestados por parte do Estado, os quais são a

---

<sup>65</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 167 a 169.

<sup>66</sup> BASTOS, 1997, p. 170.

contrapartida de direitos do indivíduo que necessitam de prestação ou fornecimento de bens por parte de ente estatal para serem satisfeitos.

Robert Alexy, em sua obra clássica *Teoria dos Direitos Fundamentais*, menciona a tese segundo a qual o art. 2º, § 1º, da Constituição alemã <sup>67</sup> compreende um direito fundamental independente, garantidor da “liberdade geral de ação humana” e explica que, pressupor esse entendimento significa duas coisas: a um, “a cada um é *prima facie* – ou seja, caso nenhuma restrição ocorra – *permitido* fazer ou deixar de fazer o que quiser (norma permissiva)”; a dois, “cada um tem *prima facie* – ou seja, caso nenhuma restrição ocorra – o *direito*, em face do Estado, a que este não embarace sua ação ou sua abstenção, ou seja, a que o Estado nelas não intervenha (norma de direitos)” (grifou-se) <sup>68</sup>.

O mesmo autor sustenta, ainda, que por mais ampla que seja tal concepção, não é suficiente, uma vez que diz respeito somente a ações do titular, e não a situações e posições jurídicas (mesmo que estas, indiretamente, também tenham caráter de proteção à liberdade de ação).

Ademais, o jurista alemão apresenta uma concepção formal-material do direito geral de liberdade, em contraponto à corrente que faz objeção à ideia acima exposta porque acredita que um direito assim generalizado seria “vazio de conteúdo, sem substância, e que não haveria, por isso, nenhum parâmetro para se decidir sobre a admissibilidade de restrições à liberdade” <sup>69</sup>.

Para prosseguir o estudo, há de se fazer distinção entre liberdade interna (ou subjetiva, psicológica, moral, de indiferença, de querer) e externa. Aquela nada mais é do que o livre-arbítrio, a manifestação de vontade no interior de cada ser humano.

Já a liberdade externa (ou objetiva, de fazer), constitui-se da expressão externa do querer de cada indivíduo, implicando no “afastamento de obstáculos e coações, de modo que o homem possa agir livremente” <sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup> LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA, 1949. Art. 2º: cada pessoa tem o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, contando que não vulnere os direitos de outros e não colida com a ordem constituinte ou a lei de costumes.

<sup>68</sup> ALEXY, 1986, p. 343.

<sup>69</sup> ALEXY, 1986, p. 345.

<sup>70</sup> SILVA, 2008, p. 232.

Para o direito positivo, apenas esta (liberdade objetiva) interessa. Quando se fala em liberdades, no plural, na verdade refere-se às várias expressões externas da liberdade, formas da liberdade, que Afonso da Silva divide em cinco grandes grupos: da pessoa física, de expressão coletiva, de ação profissional, de conteúdo econômico e social e de pensamento <sup>71</sup>.

A liberdade da pessoa física foi a primeira forma de liberdade conquistada pelo ser humano e se opõe ao estado de escravidão e de prisão, subdividindo-se em *de locomoção*, que se encontra expressamente disposta no art. 5º, XV, da CF, e envolve o direito de ir e vir através das fronteiras nacionais, de emigrar e imigrar, bem como de ficar e permanecer; e *de circulação*, que consiste na possibilidade de se deslocar entre um ponto e outro por via pública ou de uso público permitido.

O grupo da liberdade de expressão coletiva abarca tanto os direitos de reunião (art. 5º, XVI) e associação (art. 5º, XVII a XXI), os quais, embora individuais, o são em função de uma pluralidade de pessoas vinculadas entre si, havendo, portanto, um interesse coletivo, quanto os direitos caracteristicamente coletivos, quais sejam, o de informação (art. 5º, XIV e XXXIII; é diferente da liberdade de informação, a qual será abordada mais adiante), o de representação (art. 5º, XXI, e 8º, III) e o do consumidor (art. 5º, XXXII).

A *liberdade de ação profissional*, chamada por alguns de *liberdade de trabalho*, é, na verdade, de acordo com Afonso da Silva, “*liberdade de exercício de ofício e de profissão*”, com ressalva à observância de determinadas observâncias que a lei pode vir a exigir <sup>72</sup>. Nada mais é do que o direito que cada indivíduo tem de escolher o ofício que deseja seguir, de acordo com suas aptidões pessoais, sem que o Poder Público possa impor o exercício de labor diverso.

A *liberdade de conteúdo econômico e social* integra o grupo de *direitos econômicos e sociais*. Para discorrer sobre o tema, necessária uma breve explicação acerca do sistema econômico instituído pelo Constituinte de 1988, cujas bases encontram-se nos arts. 170 a 192, distribuídos em quatro capítulos. Dentre eles, o que mais interessa, aqui, é o primeiro – *Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica*.

---

<sup>71</sup> SILVA, 2008, p. 235.

<sup>72</sup> SILVA, 2008, p. 257.

O art. 170, *caput* e inciso IV, estabelece que a ordem econômica brasileira traz como fundamento a livre iniciativa e como princípio a livre concorrência, a fim de assegurar a todos os cidadãos uma existência digna e conforme as regras da justiça social. Ademais, o parágrafo único do mesmo artigo assegura “o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

A *liberdade de iniciativa econômica* abrange tanto a liberdade de indústria e comércio, quanto a de empresa e de contrato. É, como visto acima, um dos esteios do Estado e um princípio básico do liberalismo econômico. Ressalte-se que, tendo em vista o preceito social-democrático que rege a nossa Constituição, tal liberdade só pode ser tida como legítima “enquanto exercida no interesse da justiça social” <sup>73</sup>.

Manifestação dessa liberdade é a *livre concorrência* e, com o intuito de garanti-las, a Magna Carta estatui, em seu art. 173, § 4º, que haverá repressão do *abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros*.

Vê-se, nesse sentido, que, reconhecendo a grandeza do poder econômico, a Lei Maior institui a liberdade de iniciativa e a livre concorrência como coibidoras de eventuais abusos estimulados pelo capitalismo monopolista.

Após esses concisos apontamentos, tratar-se-á agora do último grupo de liberdades e aquele que mais interessa a este estudo, o da *liberdade de pensamento*. Esta abarca vários meios de exteriorização do pensamento e pode ser dividida em *liberdade de opinião, liberdade de comunicação, liberdade religiosa, liberdade de expressão intelectual, artística e científica* (e direitos conexos), *liberdade de expressão cultural e liberdade de transmissão e recepção do conhecimento*.

A primeira, por resumir “a própria liberdade de pensamento em suas várias formas de expressão” <sup>74</sup>, é chamada pela doutrina de *primária* e ponto de partida das demais. A Constituição a reconhece tanto como pensamento íntimo, prevendo a *liberdade de consciência e de crença* (art. 5º, VI) e assegurando a todos o direito de aderir, recusar e até mesmo criar qualquer religião ou corrente política, filosófica ou

---

<sup>73</sup> SILVA, 2008, pp. 793 e 794.

<sup>74</sup> SILVA, 2008, p. 241.



científica, como o aspecto externo, o qual ocorre mediante o exercício das outras formas de liberdade mencionadas no parágrafo anterior, as quais serão tratadas a seguir.

Antes, porém, interessante mencionar que dessa forma de liberdade (de opinião) deriva o direito individual de *escusa de consciência*, que é o direito de se recusar a exercer determinadas imposições que vão de encontro com as convicções do interessado, o que não impede que a lei imponha ao recusante prestação alternativa (art. 5º, VIII).

A primeira forma de liberdade derivada da de opinião é a de *comunicação* (art. 5º, IV, V, IX, XII e XIV, c/c os arts. 220 a 224, todos da CF), que contém a *criação, expressão e manifestação do pensamento e de informação*, bem como a organização dos meios de comunicação.

Da *liberdade de manifestação de pensamento* decorrem a *vedação ao anonimato* (inciso IV), o também direito fundamental individual da *resposta* e a indenizabilidade por dano moral (inciso V), quando atingidas outras pessoas. O direito de resposta “é também uma garantia de eficácia do direito à privacidade”<sup>75</sup>.

Importante relembrar que a *liberdade de informação* não se confunde com o *direito à informação*, como já dito, uma vez que este não é direito pessoal ou profissional, e sim coletivo, enquanto aquele, individual, se traduz na liberdade de informar e de ser informado.

Tal liberdade compreende a de *informação jornalística*, sobre a qual se refere o art. 220, § 1º, da CF. Explica Afonso da Silva que esta não se resume simplesmente em liberdade de imprensa, que está ligada a veículo impresso de comunicação, e sim a quaisquer meios de difusão de notícias, comentários e opiniões e veículos de comunicação social<sup>76</sup>.

Ponto muito pertinente abordado pelo referido autor é o relativo ao dever dos donos de empresas jornalísticas ou do jornalista em si. Explica ele que a liberdade destes somente existe e se justifica na medida do direito dos cidadãos a receber informações corretas e imparciais. Ou seja, hierarquicamente acima está a liberdade de ser informado e, abaixo, a de exercer a sua atividade de expressão jornalística (que,

---

<sup>75</sup> SILVA, 2008, p. 243.

<sup>76</sup> SILVA, 2008, p. 246.

sobretudo, é um “dever de informar à coletividade de tais acontecimentos e ideias, objetivamente, sem alterar-lhes a verdade ou esvaziar-lhes o sentido original”) <sup>77</sup>.

Outra forma de exteriorização de consciência garantida pela Constituição é a liberdade religiosa (art. 5º, VI), incluída entre as liberdades espirituais e compreende a liberdade de crença (e descrença, ou seja, também ampara a liberdade de não aderir a qualquer religião), a liberdade de culto (assegura-se tanto o exercício de cultos religiosos – de quaisquer religiões ou crenças -, quanto a proteção de seus locais e liturgias) e a liberdade de organização religiosa (refere-se à “possibilidade de estabelecimento e organização das igrejas e suas relações com o Estado”) <sup>78</sup>.

Percebe-se, portanto, que a Carta Maior é expressa em sua proteção à inviolabilidade de direitos relativos à expressão de qualquer religião ou crença, bem como de agnosticismo. Por óbvio, tal proteção não inclui a liberdade de impedir o livre exercício de crença alheia, pois o direito de um não pode ser superior ao de outrem.

Há, ainda, inserida na liberdade de pensamento, a proteção à liberdade de expressão *intelectual* (produção científica e filosófica), *artística* (algumas ficam sujeitas à regulamentação especial, conforme art. 220, § 3º, da CF, que declara competir à lei federal regular as questões relativas a espetáculos públicos e programas de rádio e televisão) e *científica* (direito autoral), bem como de seus direitos conexos (art. 5º, IX).

No que se refere à *liberdade de expressão cultural*, houve uma consideração especial feita pelo Constituinte, que estabeleceu, nos artigos 215 e 216:

[o Estado] garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes de cultura nacional, apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais populares, indígenas, afro-brasileiras e das de outros grupos participantes do processo civilizatório brasileiro <sup>79</sup>.

Incontestável, ante todo o exposto, que a liberdade de expressão é direito fundamental, expressa e amplamente resguardado por nossa Constituição.

---

<sup>77</sup> SILVA, 2008, p. 247.

<sup>78</sup> SILVA, 2008, p. 250

<sup>79</sup> SILVA, 2008, p. 255.

## 2 A ANÁLISE INTERPRETATIVA DAS NORMAS FUNDAMENTAIS: A HERMENÊUTICA E SUAS POSSIBILIDADES TEÓRICAS

Após a explanação sobre os direitos fundamentais, normas-princípios de nosso ordenamento jurídico, a partir da adoção, principalmente, da conceituação feita por Alexy, imprescindível a exposição sobre as técnicas, diretrizes e possibilidades de interpretação de tais direitos.

Diante disso, neste capítulo, debruça-se sobre métodos de interpretação a as possibilidades hermenêuticas para a racionalização de uma decisão judicial, estritamente a ponderação.

### 2.1 PRINCÍPIOS E MÉTODOS CLÁSSICOS DE INTERPRETAÇÃO

Necessário reportar-se à explicação dada por Gomes Canotilho acerca do significado da interpretação constitucional:

Interpretar uma norma constitucional consiste em atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos normativo-constitucionalmente fundada. Sugerem-se aqui três dimensões importantes da interpretação da constituição: (1) [...] significa procurar o *direito* contido [na norma]; (2) investigar o direito contido na lei constitucional implica uma atividade – atividade complexa – que se traduz fundamentalmente na adscrição de um significado a um enunciado ou disposição linguística (“texto da norma”); (3) o produto do acto de interpretar é o significado atribuído<sup>80</sup>.

E, ainda, a lição de Eros Roberto Grau:

[...] os textos normativos carecem de interpretação não apenas por não serem unívocos ou evidentes - isto é, por serem destituídos de clareza -, mas sim porque devem ser aplicados a casos concretos, reais ou fictícios. [...] A norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos colhidos no texto normativo (mundo do dever ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual ela será aplicada, isto é, a partir de dados da realidade (mundo do ser)<sup>81</sup>.

<sup>80</sup> CANOTILHO, 2003, pp. 1200 e 1201.

<sup>81</sup> GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 25.

Por oportuno, pertinente mencionar uma das mais antigas discussões envolvendo a hermenêutica jurídica, a qual coloca de um lado os pensadores subjetivistas (que defendem prevalecer, na interpretação, a vontade do legislador) e, do outro, os objetivistas (que acreditam sobrelevar a vontade objetiva e autônoma da lei).

Originada nos Estados Unidos, hoje se encontra, de certa forma, superada, uma vez que a ampla maioria da doutrina converge para a linha objetiva. Assim, entende-se que se deve buscar aquilo que na lei aparece objetivamente pretendido, e não o que o legislador, subjetivamente, quis <sup>82</sup>.

Ademais, outra controvérsia travada nos Estados Unidos é a que se refere à bipolarização fundamental entre as correntes chamadas interpretativistas (*interpretivism*) e não-interpretativistas (*non interpretivism*).

Para os adeptos da primeira corrente, os julgadores, ao procederem à interpretação constitucional, devem se ater à captação do sentido dos preceitos expressos no texto ou nele indiscutivelmente implícitos. Este limite é pautado no princípio democrático, de modo que a decisão do Judiciário “não deve substituir a decisão política legislativa da maioria democrática”. <sup>83</sup>

Os defensores da segunda posição, por sua vez, alegam que os juízes podem e devem aplicar valores e princípios substantivos (liberdade, igualdade, justiça), e não apenas o princípio democrático (vontade da maioria), contra eventuais atos emanados pelo Legislativo que estejam desconformes relativamente à Carta Maior <sup>84</sup>.

Um ponto de referência obrigatório da teoria de interpretação constitucional é o relativo aos princípios que a regem. Embora os autores façam o recorte do catálogo formado por esses princípios de forma diversa, o objetivo comum relaciona-se à necessidade, por parte da doutrina e prática jurídicas de encontrar princípios tópicos auxiliares da tarefa interpretativa <sup>85</sup>.

Ressalte-se que, para Barroso, o emprego do termo princípio se refere “à proeminência e à precedência desses mandamentos dirigidos ao intérprete, e não

---

<sup>82</sup> BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 116.

<sup>83</sup> CANOTILHO, 2003, p. 1195.

<sup>84</sup> CANOTILHO, 2003, p. 1196.

<sup>85</sup> CANOTILHO, 2003, p. 1223.

propriamente ao seu conteúdo, à sua estrutura ou à sua aplicação mediante ponderação”<sup>86</sup>.

O autor aponta-os da seguinte forma: princípio da supremacia da Constituição; princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público; princípio da interpretação conforme a Constituição; princípio da unidade da Constituição; princípio da efetividade; princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade<sup>87</sup>.

Rapidamente, deslindar-se-á cada um deles.

O primeiro, amplamente conhecido, se refere à impossibilidade de lei ou ato normativo subsistir se incompatível com a Carta Maior. Para garantir essa superioridade, o constituinte concebeu uma série de mecanismos cujo objetivo é “invalidar e/ou paralisar a eficácia dos atos que contravenham a Constituição, conhecidos como controle de constitucionalidade”<sup>88</sup>.

O segundo relaciona-se à legitimidade democrática dos agentes públicos, no sentido de que os atos por eles praticados possuem presunção de validade, de modo que, embora admitam prova em contrário, o ônus de comprová-la recai sobre quem alega.

O terceiro, extensivamente desenvolvido pela doutrina e jurisprudência alemãs, destina-se à “preservação da validade de determinadas normas, suspeitas de inconstitucionalidade, assim como à atribuição de sentido às normas infraconstitucionais, de forma que melhor realizem os mandamentos constitucionais”. Assim, havendo diferentes interpretações possíveis, deve-se optar por aquela cuja afinidade com a Norma Superior seja maior<sup>89</sup>.

O quarto fundamenta-se na ideia de que a Constituição é o documento que unifica o sistema jurídico, irradiando seus princípios aos diferentes domínios legais. A principal consequência disso é a concepção de que inexiste hierarquia entre normas constitucionais, de modo que eventuais conflitos entre elas devem ser solucionados mediante ponderação, o que será esmiuçado mais adiante.

---

<sup>86</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 299.

<sup>87</sup> BARROSO, 2010, p. 299.

<sup>88</sup> BARROSO, 2010, p. 300.

<sup>89</sup> BARROSO, 2010, p. 302.

O quinto, por sua vez, determina que o intérprete constitucional tenha compromisso com a efetividade da Carta Maior, o que significa fazer “prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados”<sup>90</sup>.

O último princípio apontado por Barroso é o da razoabilidade-proporcionalidade. Para esse autor, tais termos possuem conceitos tão próximos que podem ser intercambiáveis. No entanto, Virgílio Afonso da Silva<sup>91</sup>, baseado na teoria de Robert Alexy, discorda, questão esta que será melhor abordada no capítulo seguinte.

No tocante aos tipos de interpretação, Barroso classifica-os, resumidamente, mediante dois critérios: um que leva em consideração a sua origem e outro que considera os resultados ou a extensão<sup>92</sup>.

A primeira classificação, relativa à origem da interpretação, subdivide-se em legislativa, administrativa ou judicial. Para este trabalho interessa somente a judicial, a qual, no Brasil (e nos demais países que admitem a *judicial review*), “se dá (a) pela aplicação direta de um preceptivo constitucional (questão constitucional) ou (b) pela verificação da compatibilidade de uma norma em face da Constituição”. Essa interpretação é final e vinculante aos outros Poderes<sup>93</sup>.

A segunda, por sua vez, será declaratória, extensiva ou restritiva. Aquela ocorrerá quando houver plena congruência entre os termos da norma e o sentido que lhes é atribuído; se houver incongruência, pode-se entender que, a um, o legislador disse mais do que queria, de modo que se impõe uma interpretação restritiva, ou, a dois, o legislador disse menos do que queria, impondo-se uma interpretação extensiva<sup>94</sup>.

A respeito disso, em geral, a doutrina vem entendendo que:

[...] se interpretam restritivamente as normas que instituem as regras gerais, as que estabelecem benefícios, as punitivas em geral e as de natureza fiscal. Comportam interpretação extensiva as normas que asseguram direitos, estabelecem garantias e fixam prazos<sup>95</sup>.

<sup>90</sup> BARROSO, 2010, p. 306.

<sup>91</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais 798, 2002, pp. 24 e 25.

<sup>92</sup> BARROSO, 2009, pp. 119 e 125.

<sup>93</sup> BARROSO, 2009, p. 121.

<sup>94</sup> BARROSO, 2009, p. 125.

<sup>95</sup> BARROSO, 2009, pp. 125 e 126.

Há, também, a classificação que leva em consideração os meios de interpretação empregados.

A Escola Histórica do Direito, fundada por Friedrich Carl von Savigny, distinguiu, em 1840, os métodos gramatical, sistemático e histórico. Ato contínuo, acrescentou-se uma quarta perspectiva: a teleológica.

Em que pese existirem quatro diferentes elementos a serem considerados, é consenso na doutrina que a interpretação é uma e nenhum método deve ser absolutizado, e sim um deve combinar controlar reciprocamente os outros. Nesse sentido, “a interpretação se faz a partir do texto da norma (interpretação gramatical), de sua conexão (interpretação sistemática), de sua finalidade (interpretação teleológica) e de seu processo de criação (interpretação histórica)”<sup>96</sup>.

Dessa aplicação resultam duas possibilidades: todos os elementos apontam para a mesma solução (caso *fácil*) ou os elementos apontam para soluções divergentes (caso *difícil*). Para a resolução destes casos, não há um critério rígido de desempate ou uma hierarquia predeterminada entre os diferentes métodos, de modo que deverá haver emprego de discricionariedade por parte do intérprete.

Houve, no entanto, por parte da tradição romano-germânica, o desenvolvimento de algumas diretrizes, das quais duas aqui se destacam: (a) o elemento gramatical jamais pode ser completamente desprezado, ou seja, entre possíveis interpretações, prevalecerá aquela que seja compatível com o texto legal (*interpretação conforme a Constituição*); (b) os métodos objetivos – sistemático e teleológico – têm preferência sobre o método subjetivo – histórico<sup>97</sup>.

Por conseguinte, analisar-se-á, adiante, cada um dos quatro elementos supracitados.

A interpretação gramatical (também referida como textual, literal, filológica, verbal e semântica) objetiva atribuir significados ao texto da norma. Segundo Canotilho, “independentemente do sentido que se der ao elemento literal (...), o processo

---

<sup>96</sup> BARROSO, 2009, p. 129.

<sup>97</sup> BARROSO, 2009, p. 130.

concretizador da norma da constituição começa com a atribuição de um significado aos enunciados linguísticos do texto”<sup>98</sup>.

A Constituição de 1988, por ter sido gerada mediante amplo processo dialético de discussão, participação e composição política, em geral apresenta uma linguagem empregada em seu sentido comum, e não técnico-jurídico. A importância disso reside no fato de que “a norma jurídica não tem por destinatário um restrito círculo de iniciados ou especialistas, senão, em primeiro lugar, a coletividade ou massa de cidadãos, nem sempre capacitados a compreender terminologias demasiado técnicas”<sup>99</sup>.

A interpretação histórica, por sua vez, se dá pela busca do sentido da lei mediante precedentes legislativos, dos trabalhos preparatórios e das circunstâncias do momento que originou a legislação<sup>100</sup>. Alguns doutrinadores utilizam o termo “interpretação lógica” para se referir a esse método, mas, no fim, ambos possuem a mesma função, qual seja, se aproximar da vontade do legislador, reconstruindo o pensamento deste<sup>101</sup>.

Essa forma de interpretar é amplamente adotada nos países cujo ordenamento jurídicos que operam com a estrutura do *common law*, mas pouco prestigiada nos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica, como é o brasileiro, ao menos com relação à interpretação da lei. Por outro lado, desempenha, na interpretação constitucional, um papel mais importante.

Isso porque, em matéria constitucional, a interpretação histórica (ou lógica) não leva em consideração somente o conteúdo aparente da norma, e sim todos os valores políticos e ideológicos que são a base da Carta Maior. Assim, não se refere à vontade pessoal ou somada dos constituintes, mas, sim, da sua “vontade social”, traduzida, normativamente, pelos princípios constitucionais<sup>102</sup>.

Ressalte-se que, por óbvio, esse método não é ilimitado, à medida que não deve ter como consequência o congelamento da norma, que deve ser reinterpretada e reafirmada a cada geração, de acordo com a evolução dos ideais da sociedade.

---

<sup>98</sup> CANOTILHO, 1991, pp. 222 e 223.

<sup>99</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 16ª ed, São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 440.

<sup>100</sup> BARROSO, 2010, p. 136.

<sup>101</sup> BONAVIDES, 2005, p. 441.

<sup>102</sup> BARROSO, 2010, p. 138.



Há, ainda, a interpretação sistemática (ou, para alguns autores, analógica). Para compreendê-la, é preciso ter em mente a unidade do sistema jurídico e a ideia de que uma norma constitucional, se vista de forma isolada, pode não fazer sentido ou contradizer outra norma. Nesse sentido, “a visão estrutural, a perspectiva de todo o sistema, é vital”<sup>103</sup>.

Fruto dessa ideia de unidade do sistema, esse método situa o dispositivo em análise dentro do contexto normativo, de modo a estabelecer as ligações internas que entrelaçam instituições e normas jurídicas. A respeito dessa ideia, explica Barroso:

No centro do sistema, irradiando-se por todo o ordenamento, encontra-se a Constituição, principal elemento de sua unidade, porque a ela se reconduzem todas as normas no âmbito do Estado. A Constituição, em si, em sua dimensão interna, constitui um sistema. Essa ideia de unidade interna da Lei Fundamental cunha um princípio específico, derivado da interpretação sistemática, que é o *princípio da unidade da Constituição* [...]. A Constituição interpreta-se como um todo harmônico, onde nenhum dispositivo deve ser considerado isoladamente. Mesmo as regras que regem situações específicas, particulares, devem ser interpretadas de forma que não se choquem com o plano geral da Carta<sup>104</sup>.

No Brasil, é frequentemente invocado pelo Supremo Tribunal Federal, que o considera o meio mais racional e científico de interpretar o texto constitucional.

A quarta e última perspectiva é a teleológica, segundo a qual as normas devem ser aplicadas atendendo, principalmente, à sua finalidade e ao seu espírito; deve-se procurar “o fim da norma, o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição do dado preceito”<sup>105</sup>.

A diferença entre a teleológica e a histórica é que, enquanto esta cuida da circunstância que ocasionou a criação da lei e constitui finalidade imediata (*occasio legis*), aquela busca o fundamento racional da norma, o qual redefine, ao longo do tempo, a sua finalidade (*ratio legis*). Conclui-se, assim, que a finalidade de uma norma não é permanente, podendo (e devendo) evoluir conforme a sociedade, sem necessidade de modificação de seu texto.

Tenha-se em mente que, atualmente, a doutrina determina que os métodos supracitados sejam aplicados concomitantemente, ou seja, “os métodos de interpretação

---

<sup>103</sup> BARROSO, 2010, p. 140.

<sup>104</sup> BARROSO, 2010, p. 141.

<sup>105</sup> BARROSO, 2010, p. 143.

hão de ser combinados. Nenhum método deve ser absolutizado. É correto o resultado que, pela utilização sucessiva de todos os métodos de interpretação, transmite o sentido da lei" <sup>106</sup>.

Ponto relevante a se demonstrar é o relativo aos limites da interpretação, especificadamente no que se refere às normas constitucionais inconstitucionais. Explica-se:

É perfeitamente admissível, sob o ponto de vista teórico, a existência de contradições transcendentais, ou seja, contradições entre o direito constitucional positivo e os valores, directrizes ou critérios materialmente informadores da modelação do direito positivo [...]. A questão da constitucionalidade da constituição suscita, logicamente, também o problema de saber quem controla a conformidade da constituição com o direito supraconstitucional. O Tribunal Constitucional Alemão, ao admitir uma **ordem de valores vinculativamente modeladora da constituição**, considerou-se igualmente competente para medir valorativamente a própria constituição (grifou-se) <sup>107</sup>.

Outra hipótese é a de contradição positiva entre duas normas constitucionais escritas (como é o caso, por exemplo, do conflito estudado neste trabalho). A possibilidade de inconstitucionalidade de uma das duas continua a ser possível, desde que se conceba uma relação de hierarquia entre as próprias normas constitucionais. Ou seja, “a inconstitucionalidade de uma norma constitucional resulta do fato de esta norma ser considerada hierarquicamente inferior a estar em contradição com outra norma da constituição julgada hierarquicamente superior” <sup>108</sup>.

Ressalte-se que essa possível hierarquia entre normas constitucionais somente existe no caso concreto, não havendo um sistema hierárquico absoluto.

Não obstante, a contradição positiva também pode ocorrer entre uma norma constitucional escrita e um princípio não escrito, de modo a reconduzir, antes, a conflitos de princípios e valores suscetíveis de soluções harmonizatórias.

Os métodos acima abordados, embora suficientes para resolver grande parte dos problemas de interpretação, desempenhando papel relevante na busca de sentido das normas, em alguns casos, não são suficientes, mormente em se tratando de conflitos entre normas constitucionais.

---

<sup>106</sup> STERN, Klaus. Derecho del Estado de la República Federal alemana. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 284.

<sup>107</sup> CANOTILHO, 2003, p. 1232.

<sup>108</sup> CANOTILHO, 2003, p. 1232.

Por esse motivo, a interpretação constitucional atual é uma quebra do paradigma do método clássico, à medida que introduz procedimentos de racionalização da decisão judicial, necessários para o exame da legitimação da função jurisdicional, exigido pelo princípio contramajoritário do Poder Judiciário e pela exigência constitucional da fundamentação das decisões.

## **2.2 A LEGITIMAÇÃO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL: A DECISÃO JUDICIAL ARRAZOADA**

### **2.2.1 O princípio contramajoritário do Poder Judiciário**

Sabe-se que a República Federativa do Brasil é constituída em um Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos a soberania popular, a cidadania, a dignidade da pessoa, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, conforme art. 1º da Constituição de 1988.

O mesmo artigo, em seu parágrafo único, institui que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”. A inclusão do povo nas decisões estatais pode ocorrer, assim, de forma direta (democracia participativa - mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular – art. 14 da CF) ou indireta (democracia representativa - pela eleição periódica dos políticos mais votados para os cargos mais importantes dos Poderes Legislativo e Executivo).

Explica Afonso da Silva que a democracia representativa se concretiza pelo mandato político gerado em favor do eleito, o qual é geral (pois o eleito por determinada circunscrição não é representante só dela, e sim de todos os cidadãos do território nacional), livre (porque o mandatário não está vinculado aos seus eleitores e possui autonomia da vontade) e irrevogável (já que, salvo nas hipóteses elencadas na própria Constituição, o eleito tem o direito de manter o mandato durante o tempo previsto para sua duração)<sup>109</sup>.

---

<sup>109</sup> SILVA, 2008, pp. 137 e 138.

Vigora no País, portanto, o princípio majoritário, segundo o qual a democracia é o governo da maioria, no sentido de serem eleitos para representar o povo aqueles que forem mais votados.

Ocorre que se deve ter em mente que a vontade da maioria não é absoluta e o próprio texto constitucional traz garantias para que o argumento da democracia jamais seja utilizado para impedir ou diminuir direitos fundamentais da minoria.

Nesse sentido:

Entre constitucionalismo e democracia podem surgir, eventualmente, pontos de tensão: a vontade da maioria pode ter de estancar diante de determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais da Constituição. Em princípio, cabe à jurisdição constitucional efetuar esse controle e garantir que a deliberação majoritária observe o procedimento prescrito e não vulnere os consensos mínimos estabelecidos na Constituição. [...] Por meio de equilíbrio entre a Constituição e a deliberação majoritária, as sociedades podem obter, ao mesmo tempo, estabilidade quanto às garantias e valores essenciais, que ficam preservados no texto constitucional, e agilidade para a solução das demandas do dia a dia, a cargo dos poderes políticos eleitos pelo povo<sup>110</sup>.

E, ainda:

[...] uma verdadeira democracia é aquela onde todas as pessoas são tratadas com igual respeito e consideração. Se é certo que a democracia é o governo segundo a vontade da maioria, não menos exato é afirmar que o princípio majoritário não assegura o governo pelo povo senão quando todos os membros da comunidade são concebidos, e igualmente respeitados, como agentes morais<sup>111</sup>.

Assim, enquanto o Poder Legislativo funciona de acordo com a vontade de seus representantes, os quais, em teoria, agem em concordância com os anseios de seus eleitores (princípio majoritário), o Judiciário possui função diversa (não necessariamente oposta, e muitas vezes complementar), pois, à medida que tem por base princípios, direitos e garantias constitucionais, exerce o controle dos anseios da sociedade, quando estes forem contrários ao ordenamento jurídico (princípio contramajoritário).

É justamente nessa ideia que se baseia o controle judicial de constitucionalidade das leis, que pode ocorrer por via de defesa ou por via de ação. Na primeira, o

---

<sup>110</sup> BARROSO, 2010, pp. 90 e 91.

<sup>111</sup> JUNIOR, Dirley da Cunha. Controle da constitucionalidade: teoria e prática. 4ª ed., Salvador: JusPodivm, 2010, p. 61.

interessado pretende apenas ser subtraído da incidência de determinada norma ou ato que considera inconstitucional (efeito entre as partes), enquanto a segunda objetiva excluir do sistema jurídico lei ou ato que contrarie a Carta Maior <sup>112</sup>.

A legitimidade desse controle feito pelo Judiciário, é claro, não é unânime. Há quem defenda que é inviável que um juiz possa se opor à decisão da maioria. Luiz Guilherme Marinoni, entretanto, dilucida que, em que pese os magistrados não serem eleitos pelo povo, somente são investidos no poder jurisdicional mediante procedimento próprio e amparado pela própria Constituição e, além disso, baseiam suas decisões na proteção dos direitos fundamentais <sup>113</sup>.

Outrossim, o que se vislumbra ao analisar de forma mais profunda a ideia de poder da maioria, é que esta, “representada nos órgãos governamentais, não corresponde à maioria do povo, mas a uma minoria dominante”, que age em defesa dos próprios interesses, de forma a sempre manter a verdadeira maioria sem voz <sup>114</sup>.

### **2.2.2 A exigência constitucional da fundamentação das decisões**

A Constituição de 1988 conferiu ao Poder Judiciário uma autonomia institucional – administrativa e financeira - até antes desconhecida, assegurando, também, a autonomia institucional dos magistrados.

Para isso, o texto constitucional trouxe em seus artigos várias garantias do referido Poder, como melhor explicado por Gilmar Mendes, atualmente Ministro do Supremo Tribunal Federal:

As garantias do Poder Judiciário, em geral, e do magistrado, em particular, destinam-se a emprestar a conformação de independência que a ordem constitucional pretende outorgar à atividade judicial. Ao Poder Judiciário incumbe exercer o último controle da atividade estatal, manifeste-se ela por ato da Administração ou do próprio Poder Legislativo (controle de constitucionalidade). Daí a necessidade de que, na sua organização, materialize-se a clara relação de independência do Poder Judiciário e do próprio juiz em relação aos demais Poderes ou influências externas <sup>115</sup>.

---

<sup>112</sup> BASTOS, 1997, pp. 394 e 395.

<sup>113</sup> MARINONI, Luis Guilherme. Teoria geral do processo. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 442.

<sup>114</sup> SILVA, 2008, p. 130.

<sup>115</sup> MENDES, Gilmar. Curso de direito constitucional. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 962.

Essa independência pode ser verificada por diversos meios. Veja-se o artigo 96<sup>116</sup>, por exemplo, que confere aos tribunais e Cortes Superiores amplo poder de autogoverno:

Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

- a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;
- b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva;
- c) prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição;
- d) propor a criação de novas varas judiciárias;
- e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei;
- f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados;

II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:

- a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores;
- b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver;
- c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores;
- d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;

III - aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

O artigo 93, por sua vez, elenca em seus quinze incisos os princípios a serem observados na regulamentação do Estatuto da Magistratura, dentre os quais se destaca, para este trabalho, o seguinte:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade**, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Vislumbra-se, portanto, que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, ou seja, é imprescindível que o magistrado apresente as razões jurídicas

<sup>116</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 30 de abril de 2016.

pelas quais decidiu de determinada forma, sob pena de o ato decisório ser considerado nulo.

Nelson Nery Junior explica:

Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. Não se consideram “substancialmente” fundamentadas as decisões que afirmam “segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo por que julgou procedente o pedido”. Essa decisão é nula porque lhe faltou fundamentação<sup>117</sup>.

Aliás, antes mesmo da promulgação da Constituição Cidadã, o Código de Processo Civil de 1973 já trazia que o magistrado poderia apreciar as provas dos autos livremente, atendendo aos fatos e circunstâncias ali constantes, devendo indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o conhecimento (art. 131). Além disso, o art. 458 dessa Lei determinava a essencialidade dos fundamentos da decisão.

É que o ordenamento jurídico pátrio adotou o Sistema de Persuasão Racional, que alguns doutrinadores abordam como princípio<sup>118</sup>, de modo que o convencimento do juízo, em que pese livre, não é ilimitado e deve ser respaldado nas provas carreadas ao processo.

A Lei 13.105/2015 (NCPC)<sup>119</sup>, manteve o mesmo entendimento:

Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

E, ainda, instaurou um novo paradigma em termos de fundamentação:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:  
I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;  
II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;  
III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

<sup>117</sup> JUNIOR, Nelson Nery. Princípios do processo civil na Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. pp. 175 e 176.

<sup>118</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 24ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 73.

<sup>119</sup> BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 05 de maio de 2016.

**§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:**

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

**§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.**

**§ 3º** A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé (grifou-se).

Ressalte-se que tão importante é a garantia constitucional da fundamentação das decisões, que a própria Carta Maior, normalmente apenas descritiva e principiológica, contém, para o caso de descumprimento, norma sancionadora. Isto porque, “a falta de motivação é vício de tamanha gravidade, que o legislador constituinte, abandonando a técnica de elaboração da Constituição, cominou no próprio texto constitucional a pena de nulidade”<sup>120</sup>.

Compreendida a importância da racionalidade no exercício da função jurisdicional, passar-se-á a discorrer acerca de uma das teorias que ofertam ao julgador um procedimento para chegar a essa necessária razão de decidir, qual seja, a da ponderação, estrutura teórica formulada por Robert Alexy.

## **2.3 A PONDERAÇÃO COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**

Viu-se, no capítulo anterior, que o Estado Democrático de Direito brasileiro é composto por princípios e regras que visam garantir a aplicação dos direitos fundamentais, sendo que, entre essas normas, não existe qualquer hierarquia absoluta,

---

<sup>120</sup> JUNIOR, 1999, pp. 175 e 176.



de modo que todas possuem igual importância para a preservação dos valores que se objetiva proteger.

Antes de adentrar no debate acerca da forma de resolução de conflitos entre normas fundamentais, conhecida como ponderação, necessário esclarecer que, no ordenamento jurídico pátrio, a doutrina majoritária aduz ser possível a restrição dessas normas, quando confrontadas por outros valores constitucionais <sup>121</sup>.

Isso porque, ainda que o Estado Democrático exista para garantir a observância de tais direitos, inviável considerá-los absolutos, mormente quando há enfrentamento entre duas ou mais normas, momento em que a ponderação deverá ser aplicada, conforme será explanado a seguir.

De início, pertinente mencionar a diferenciação feita por Canotilho entre as ideias de interpretação e ponderação no direito constitucional. Ao contrário de outros autores que colocam a ponderação como apenas um elemento do procedimento de interpretação/aplicação de normas, esse jurista argumenta que:

*o balancing process* vai recortar-se em termos autónomos para dar relevo à ideia de que no momento da ponderação está em causa não tanto atribuir um significado normativo ao texto da norma, mas sim equilibrar e ordenar bens conflitantes (ou, pelo menos, em relação de tensão) num determinado caso.

Assim, o balanceamento (ponderação) “busca elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens” <sup>122</sup>. É, portanto, um modelo de verificação e tipicização da ordenação de normas em concreto e, por isso, não dispensa uma cuidadosa topografia do conflito, bem como uma justificação da sua solução mediante a ponderação.

A topografia de conflitos é “a descrição das modalidades segundo as quais a norma que regula um determinado direito ou interesse incide”, em se tratando de direitos conflitantes. A sua análise exige saber, desse modo, se a esfera de um direito normativamente protegido se sobrepõe a de outro (e, em caso afirmativo, o quanto), bem como qual espaço sobeja a ambos para além da zona de sobreposição <sup>123</sup>.

---

<sup>121</sup> MENDES, 2015, p. 144.

<sup>122</sup> CANOTILHO, 2003, pp. 1236 e 1237.

<sup>123</sup> CANOTILHO, 2003, p. 1239.

Após essa identificação, deve-se proceder ao teste de razoabilidade, o qual permitirá “descobrir o desvalor constitucional de alguns interesses pretensamente invocados como dignos de proteção e em conflito com outros”. Em muitos casos, esse teste não será distinto do procedimento interpretativo em sentido estrito, uma vez que o que se objetiva é justamente delimitar o âmbito de proteção de uma norma constitucional, de modo a estabelecer o que entra e o que fica de fora.

A doutrina americana se refere a essa demarcação do âmbito normativo como *definitional balance* (balanceamento por definição) e é seguida pela jurisprudência daquele país para definir “a esfera de proteção da norma e excluir certas dimensões não reentrantes” nela <sup>124</sup>.

Ressalte-se que, para Canotilho<sup>125</sup>, o balanceamento por definição ainda se localiza no procedimento interpretativo, e não no de ponderação. Para ele, a ponderação somente será imposta se preenchidos pressupostos básicos.

O primeiro é a existência de pelo menos dois direitos reentrantes no âmbito de proteção de duas normas cujas potencialidades não possam ser totalmente cumpridas. Ao mesmo tempo, exige-se a inexistência de regras abstratas de prevalência entre tais direitos/normas (neste caso a norma constitucional já demonstra a solução para o conflito).

Assim, relações de preferência *prima facie* devem ser excluídas. Isso significa que é necessário verificar, em cada caso concreto ou em grupos de casos específicos, sistemas de prevalência parciais ou relativos, tendo em vista que, em alguns casos pode-se prevalecer um lado e noutros, outro.

Igualmente, é indispensável a justificação e motivação da regra de prevalência parcial fundamentada na ponderação, mormente levando-se em consideração os princípios constitucionais.

Não obstante, há de se diferenciar a ponderação da harmonização:

**Ponderar** princípios significa sopesar a fim de se decidir qual dos princípios, num caso concreto, têm maior peso ou valor [entre] os princípios conflitantes. **Harmonizar** princípios equivale a uma contemporização ou

---

<sup>124</sup> CANOTILHO, 2003, pp. 1239 e 1240.

<sup>125</sup> CANOTILHO, 2003, pp. 1240 e 1241.

transação entre princípios de forma a assegurar, nesse caso concreto, a aplicação coexistente dos princípios em conflito. Por isso, a ponderação reconduz-se [...] à criação de uma hierarquia axiológica móvel entre princípios conflitantes. *Hierarquia*, porque se trata de estabelecer um “peso” ou “valor” maior ou menor entre princípios. *Móvel*, porque se trata de uma relação de valor instável, que é válida para um caso concreto, podendo essa relação inverter-se noutro caso (grifos e itálicos na origem) <sup>126</sup>.

Percebe-se, portanto, que, de acordo com referido jurista português, a metódica da ponderação é uma exigência à solução justa de conflitos entre normas fundamentais, tendo em vista a sua dimensão de ponderabilidade.

A respeito desses entrechoques de normas constitucionais, ensina Barroso que há três tipos: a) entre princípios; b) entre direitos; c) entre direitos e outros valores e interesses constitucionais; cujas características em comum são a insuficiência dos critérios tradicionais de solução de conflitos para resolvê-los, a inadequação do método de subsunção para determinação da norma concreta que irá resolver a controvérsia e a necessidade de ponderação para definir o resultado adequado, de acordo com a Carta Maior <sup>127</sup>.

O conflito estudado neste trabalho adentra na primeira modalidade, ou seja, na colisão entre princípios. Isso porque, como já dito, em que pese a liberdade de expressão ser considerada um direito fundamental, sua estrutura e modo de aplicação a equipara a princípio.

Como já abordado no primeiro capítulo, os princípios, justamente por possuírem uma dimensão que regras não possuem (peso), podem interferir uns nos outros, devendo, em caso de conflito, levar-se em consideração o peso de cada um.

É esse o entendimento de Alexy, o qual considera que, enquanto na colisão de regras a solução é aplicar uma ou outra, na colisão de princípios deve ocorrer a ponderação, apurando-se o peso de cada uma das normas colidentes naquele caso concreto – sem esquecer que, em abstrato, nenhum dos dois ostenta primazia sobre o outro. Não haverá, portanto, uma declaração de invalidade do princípio que ceder ao outro, tampouco a introdução de uma cláusula de exceção, somente uma precedência naquele caso <sup>128</sup>.

<sup>126</sup> CANOTILHO, 2003, p. 1241.

<sup>127</sup> BARROSO, 2010, p. 333.

<sup>128</sup> ALEXY, 1986, p. 93

Assim, é possível que, em um caso concreto diverso, a questão da precedência seja resolvida de forma oposta, pois não há, como dito, precedência absoluta de qualquer princípio sobre outro.

Nesse sentido, ensina o jurista alemão:

O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto. [...] A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. [...] O estabelecimento de **relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro**. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária (grifou-se) <sup>129</sup>.

Alexy salienta um ponto importante para a teoria das relações de precedência condicionada, apontando que não se trata da primazia de princípio, interesse, pretensão ou direito, e sim da indicação de “condições sob as quais se verifica uma violação a um direito fundamental”. Ou seja, se uma ação preenche determinadas condições de uma relação de precedência, então ela é proibida <sup>130</sup>.

É essa ideia que o autor denomina “lei de colisão”, resumindo-a da seguinte forma:

As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência <sup>131</sup>.

Ressalte-se que, abstratamente, não há qualquer prevalência de um princípio sobre o outro, de modo que, em cada caso de colisão, deverão ser observadas as condições fixadas por relações de precedência condicionadas, se já existentes para aquela situação.

Como já visto, princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de tudo ou nada, e sim impõem a otimização de um direito ou bem jurídico, no intuito de consagrar, por exemplo, um direito fundamental. “Quer as normas garantidoras de direitos subjetivos quer as normas impositivas de obrigações objetivas ao Estado podem ter a natureza de princípio” <sup>132</sup>.

<sup>129</sup> ALEXY, 1986, pp. 95 e 96.

<sup>130</sup> ALEXY, 1986, p. 98.

<sup>131</sup> ALEXY, 1986, p. 99.

<sup>132</sup> CANOTILHO, 2003, pp. 1255 e 1256.

Essa natureza principal implica a máxima da proporcionalidade, que se subdivide em três máximas parciais: da adequação, da necessidade (mandamento do menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito).

A observância dessas máximas parciais deve seguir, necessariamente, a ordem acima apresentada, porquanto a aplicação da regra da proporcionalidade não implica a análise das três sub-regras, obrigatoriamente. Assim, o exame da necessidade somente será necessário caso o conflito já não tenha sido resolvido mediante o exame da adequação, sendo a verificação da proporcionalidade em sentido estrito o último meio.

Como dito, a primeira sub-regra a se examinar é a da adequação, que se traduz na ideia de que uma medida é adequada quando, por sua execução, o objetivo pretendido é alcançado ou pelo menos fomentado.

Explica-se. Ainda que, com determinada medida, o objetivo não seja completamente realizado, se houver, pelo menos, um estímulo, um impulso, para que seja, de fato, atingido, já é suficiente para que o meio utilizado não seja considerado inadequado.

Por isso, “uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido”<sup>133</sup>.

A segunda sub-regra, por sua vez, refere-se à necessidade de que, para que um ato estatal restrinja um direito fundamental, não haja outro ato menos restritivo deste direito possível para atingir o objetivo, com a mesma intensidade.

Nesse sentido elucida Afonso da Silva:

Suponha-se que, para promover o objetivo O, o Estado adote a medida M1, que limita o direito fundamental D. Se houver uma medida M2 que, tanto quanto M1, seja adequada para promover com igual eficiência o objetivo O, mas limite o direito fundamental D em menor intensidade, então a medida M1, utilizada pelo Estado, não é necessária. A diferença entre o exame da necessidade e o da adequação é clara: o exame da necessidade é um exame imprescindivelmente comparativo, enquanto que o da adequação é um exame absoluto<sup>134</sup>.

---

<sup>133</sup> SILVA, 2002, p. 15.

<sup>134</sup> SILVA, 2002, p. 17.

A terceira sub-regra, subsidiária às duas primeiras, é a da proporcionalidade em sentido estrito, e “consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva” <sup>135</sup>.

Igualmente, uma medida será considerada proporcional se as razões que fundamentem a sua adoção possuam “peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido” <sup>136</sup>.

O Tribunal Constitucional alemão afirmou que a máxima da proporcionalidade é decorrente, “no fundo, já da própria essência dos direitos fundamentais”. No entanto, Alexy explica que tal formulação somente é válida quando as normas de direitos fundamentais têm o caráter de princípio, já que decorrente da natureza deste <sup>137</sup>.

Necessário observar que, em geral, a doutrina e a jurisprudência brasileira se referem à proporcionalidade como um princípio, o que é, contudo, equivocado. Explica-se:

A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, e às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras <sup>138</sup>.

Em que pese a teoria da colisão de princípios de Alexy ser amplamente utilizada pela jurisprudência alemã, em outros ordenamentos jurídicos (inclusive o nosso) há, ainda, muitas objeções.

Alguns autores levantam a questão de que a ideia de sopesamento “não é um modelo aberto a um controle racional”, tendo em vista que, porque valores e princípios não regulam sua própria aplicação, aquele que sopesa teria a possibilidade de seguir única e exclusivamente suas concepções subjetivas. Esse é o “modelo decisionista de sopesamento”, no qual “a definição do enunciado de preferência é resultado de um processo psíquico não controlável racionalmente” <sup>139</sup>.

---

<sup>135</sup> SILVA, 2002, p. 19.

<sup>136</sup> SILVA, 2002, p. 20.

<sup>137</sup> ALEXY, 1986, pp. 116 e 117.

<sup>138</sup> ALEXY, 1986 p. 117.

<sup>139</sup> ALEXY, 1986, pp. 164 e 165.

Alexy contrapõe esse pensamento com a definição de um “modelo fundamentado”. Primeiramente, aponta a existência de diferença “entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação”. Depois, afirma que “um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional” <sup>140</sup>.

Sabendo que, segundo a lei da colisão, de enunciados de preferências condicionadas resultam regras que, se preenchidas as condições, sucedem na consequência jurídica do princípio prevalente, é possível concluir que a fundamentação de uma decisão que utilize um enunciado de preferência baseia-se em “regras relativamente concretas, que devem ser atribuídas às disposições de direitos fundamentais”.

Isso não significa que os demais métodos de interpretação e argumentos dogmáticos não podem ser utilizados, mas, além deles, é necessário que haja uma fundamentação cujos argumentos sejam relacionados especificamente ao sopesamento.

Nesse sentido:

O modelo fundamentado apresentado aqui evita uma série de dificuldades que estão frequentemente associados ao conceito de sopesamento. [...] Seu resultado é um enunciado de preferencias condicionadas, ao qual, de acordo com a lei de colisão, corresponde uma regra de decisão diferenciada. [...] Também não é procedente a objeção segundo a qual não haveria um parâmetro com base no qual o sopesamento pudesse ser decidido e que, por isso, a máxima do sopesamento de interesses seria uma “fórmula vazia”. Ainda que o sopesamento em si não estabeleça um parâmetro com o auxílio do qual os casos possam ser decididos de forma definitiva, o modelo do sopesamento como um todo oferece um critério [...] <sup>141</sup>.

Conclui-se, ante todo o exposto, que os direitos fundamentais, por sua estrutura e força normativa, bem como porque atualmente são expressos no sistema jurídico como princípios, em caso de colisão com outras normas fundamentais, devem ser sopesados. Tal sopesamento deve ocorrer de acordo com cada caso concreto, de modo que não haverá, jamais, uma hierarquia absoluta entre essas normas.

Ocorre que, no Brasil, entretanto, os conflitos entre normas fundamentais não são resolvidos mediante a ponderação, principalmente em se tratando de casos relativos ao discurso de ódio, questão essa que será analisada a seguir.

---

<sup>140</sup> ALEXY, 1986, p. 165.

<sup>141</sup> ALEXY, 1986, pp. 173 a 175.

### **3 O CONFLITO ENTRE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA E O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL: PESQUISA AMOSTRAL DOS JULGADOS PÁTRIOS**

#### **3.1 A REGRA DA PROPORCIONALIDADE EM NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO**

Nos capítulos anteriores, esmiuçou-se a discriminação feita por Robert Alexy entre regras e princípios, bem como a classificação, pelo mesmo autor, da proporcionalidade como uma regra – também conhecida como ponderação –, dentro da qual três sub-regras existem – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito

Ainda, mencionou-se que parte da doutrina e jurisprudência majoritária compreendem e aplicam a proporcionalidade como se princípio e sinônimo de razoabilidade fosse, sem se atentar ao devido exame das sub-regras supracitadas.

Como dito, Virgílio Afonso da Silva, com base na teoria de Alexy, explica que tal entendimento é equivocado, pelos motivos que se apontará a seguir.

Primeiramente, quanto à questão terminológica, deve-se pontuar que a proporcionalidade não é um mandamento de otimização e, por sua estrutura e forma de aplicação, não pode ser considerada um princípio, “pois não tem como produzir efeitos em variadas medidas, já que é aplicado de forma constante, sem variações”<sup>142</sup>.

Percebe-se, portanto, que tanto a proporcionalidade quanto seus três elementos são regra e sub-regras e, como tais, aplicam-se mediante subsunção<sup>143</sup>.

Não se ignora que a utilização do termo “princípio” pela nossa prática jurídica tem o intuito de outorgar a devida importância ao conceito e a exigência da proporcionalidade, tampouco se pretende o abandono dessa expressão; o objetivo aqui é tão somente destacar o seu verdadeiro significado, de acordo com Alexy.

---

<sup>142</sup> SILVA, 2002, p. 3.

<sup>143</sup> SILVA, 2002, p. 4.



Uma segunda questão terminológica a se destacar é a que se refere à adoção da regra da proporcionalidade como sinônimo de proibição de excesso.

Virgílio Afonso da Silva explica que, em que pese ambos os conceitos estivessem interligados *a priori*, mormente na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, porquanto se entendia a proporcionalidade como mero “instrumento de controle dos poderes estatais”, atualmente vem-se ampliando a discussão sobre a sua aplicação com fim oposto, ou seja, “como instrumento contra a omissão ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais” <sup>144</sup>. É, em verdade, a proibição de deficiência (*untermassverbot*), que se contrapõe à proibição de excesso (*übermassverbot*).

Assim, ainda que debate sobre essa segunda forma de aplicação ainda seja recente, já é suficiente para que se deixe de considerar proporcionalidade e proibição de excesso sinônimos.

Outro ponto a se salientar é a tendência, jurisprudencial e acadêmica, de confundir proporcionalidade e razoabilidade, o que é equivocado tanto pela origem quanto pela estrutura de ambas.

A razoabilidade teria decorrido do princípio da irrazoabilidade, o qual, de acordo com Afonso da Silva, foi mencionado pela primeira vez em decisão judicial inglesa, em 1948, segundo a qual “se uma decisão [...] é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a corte intervir” <sup>145</sup>.

A proporcionalidade, por outro lado, surgiu como um controle às leis restritivas de direitos fundamentais pelo Tribunal Constitucional alemão, o qual desenvolveu uma “estrutura racionalmente definida, com sub-elementos independentes - a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito - que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência de razoabilidade” <sup>146</sup>.

Nesse sentido:

A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito- no que diz respeito ao objeto do presente estudo, de interpretação e

---

<sup>144</sup> SILVA, 2002, p. 5.

<sup>145</sup> SILVA, 2002, p. 7.

<sup>146</sup> SILVA, 2002, p. 8.

aplicação dos direitos fundamentais -, empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma restrição às restrições. Para alcançar esse objetivo, o ato estatal deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Esses três exames são, por isso, considerados como sub-regras da regra da proporcionalidade <sup>147</sup>.

E, ainda:

No Direito brasileiro, vê-se muita dissonância com relação à terminologia de proporcionalidade, muitas vezes equiparado à razoabilidade. [...] Verifica-se que a acepção de proporcionalidade é ampla e alargada, o que dificulta uma melhor definição para sua aplicação. Tem-se, em suma, que envolve a promoção controle das atividades estatais, limitando-as para que não restrinjam mais do que o necessário os direitos dos cidadãos. A partir disso, então, é possível apontar as diferenciações técnicas que envolvem tal expressão, a fim de que sua adoção, como instrumento de interpretação a que se pretende este trabalho, possa ser realizada adequadamente. Assim, é necessário determinar a configuração do princípio da proporcionalidade; da regra da proporcionalidade, pela construção teórica de Robert Alexy; e a distinção de proporcionalidade com a razoabilidade. Princípios constituem normas jurídicas que expressam deveres *prima facie*, cujo conteúdo definitivo somente é fixado após o sopesamento com princípios colidentes. Desse modo, determinam algo que deve ser realizado na maior medida possível de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Por consequência, são mandamentos de otimização. Nesse viés, a proporcionalidade, como um princípio, não representará um conteúdo de direito fundamental em que seja possível a sua colisão com outra norma-princípio. A proporcionalidade, nesse sentido, refletirá uma orientação hermenêutica, indicada nas hipóteses de lacuna do ordenamento jurídico, em aproximação ao determinado no art. 4º, da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro. Em tal panorama, **o princípio da proporcionalidade pode ser considerado um princípio geral do Direito, implícito ao ordenamento jurídico, orientador de aplicação das normas jurídicas e que visa a limitar o poder estatal (ou, estendendo-se, a um particular com poderio social, econômico, político), garantindo-se a efetivação dos direitos dos cidadãos.** Em outras palavras, faz-se referência de tal princípio com as ideias de proibição de excesso e de proibição de insuficiência. **Em linhas gerais, portanto, é um instrumento hermenêutico-jurídico, de cunho procedimental, que guiará o intérprete no sopesamento de determinados critérios, elucidando o seu trabalho para que evite o excesso dos poderes estatais e a omissão ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais (grifo meu)**<sup>148</sup>.

A razoabilidade, por outro lado, “baseada no devido processo legal substancial, caracteriza-se como a exigência de correspondência entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados e, também, como a aferição da legitimidade dos fins” <sup>149</sup>.

<sup>147</sup> SILVA, 2002, p. 3.

<sup>148</sup> BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. O princípio da proporcionalidade na quantificação da indenização por danos morais no ambiente de trabalho: o instrumento balizador para a utilização dos critérios de justiça trabalhista. No prelo.

<sup>149</sup> BAGGENSTOSS. No prelo.

Essa concepção torna muito clara a distinção entre os dois conceitos. Com efeito, a relação existente entre a regra da proporcionalidade e a da razoabilidade, é que esta corresponde à primeira das três sub-regras daquela, ou seja, somente à adequação<sup>150</sup>.

Esse não é, no entanto, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o qual, ainda que em várias decisões saliente a importância da proporcionalidade para o esclarecimento de conflitos entre normas fundamentais, aplica-a de forma inábil, ignorando a sua estrutura e sub-regras, limitando-se a citá-la como um sinônimo da razoabilidade.

Em verdade, o raciocínio da Corte Superior resume-se às seguintes premissas: a) a constituição consagra a regra da proporcionalidade<sup>151</sup>; b) o ato questionado não respeita essa exigência; c) o ato questionado é inconstitucional<sup>152</sup>.

Igualmente problemática é a (ou a falta de) fundamentação do STF para justificar a escolha da proporcionalidade como meio de decidir. Em alguns casos, a decisão carece de qualquer base legal ou constitucional, como se a proporcionalidade fosse “um princípio constitucional de larga tradição no direito brasileiro”. Em outras situações, quando fornecida alguma justificação, quase sempre se menciona o art. 5º, LIV, que institui o princípio do devido processo legal substancial<sup>153</sup>.

Além disso, a única menção à estrutura de aplicação da regra, em geral, restringe-se à citação de seus dois primeiros elementos (adequação e necessidade), sem dar nenhuma importância a sua efetiva aplicação ao caso concreto.

Assim, deve-se entender que, nas raras vezes em que o Supremo mencionar a proporcionalidade, estará, na verdade, referindo-se à razoabilidade.

Desse modo, não há como saber se os dispositivos até hoje considerados inconstitucionais (premissa menor do silogismo supracitado) pelas decisões que

---

<sup>150</sup> SILVA, 2002, pp. 10 e 11.

<sup>151</sup> Ressalte-se que o STF se refere à proporcionalidade como princípio, o que, como já argumentado neste trabalho, é, segundo a concepção de Alexy, equivocado.

<sup>152</sup> SILVA, 2002, p. 9.

<sup>153</sup> SILVA, 2002, p. 10. Sobre a relação entre o princípio do devido processo legal substancial e o chamado princípio da razoabilidade, o autor sugere a análise, resumida e esclarecedora, de Luís Roberto Barroso, "Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional", pp. 65 ss.

recorreram à regra da proporcionalidade foram, de fato, considerados inadequados, desnecessários ou desproporcionais em sentido estrito <sup>154</sup>.

Relativamente à premissa maior, questiona-se se a Constituição de fato consagrou a regra em questão. Para Afonso da Silva, a jurisprudência em nada contribui. Já a doutrina apresenta diferentes respostas.

Há quem diga que o fundamento da proporcionalidade é o princípio do Estado de Direito (tendência que encontra apoio no direito alemão) ou diversos outros princípios elencados no texto constitucional (legalidade, inafastabilidade do controle jurisdicional, cidadania, dignidade da pessoa etc.); há quem defenda que os variados dispositivos da CF que mencionam o adjetivo “proporcional” ou termos relacionados são a expressão dessa regra; há, ainda, quem acredite que o que insere essa norma em nosso ordenamento jurídico é o § 2º do art. 5º, eis que decorrente do regime e princípios adotados <sup>155</sup>.

A despeito disso, o motivo pelo qual aqui se defende a adoção da regra da proporcionalidade é outro:

**A exigibilidade da regra da proporcionalidade para a solução de colisões entre direitos fundamentais não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, mas da própria estrutura dos direitos fundamentais.** Essa fundamentação não se confunde, contudo, com aquela anteriormente citada, segundo a qual a exigência de aplicação da regra da proporcionalidade, por decorrer "do regime e dos princípios" adotados pela Constituição, encontraria sustentação legal no § 2º do art. 5º. A fundamentação aqui seguida tem um caráter estritamente lógico, e valeria ainda que esse § 2º não existisse. Se se admite que a grande maioria dos direitos fundamentais são princípios, no sentido defendido por Robert Alexy, [...], admite-se que eles são mandamentos de otimização, isto é, normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. E a análise da proporcionalidade é justamente a maneira de se aplicar esse dever de otimização ao caso concreto. É por isso que se diz que a regra da proporcionalidade e o dever de otimização guardam uma relação de mútua implicação (grifou-se) <sup>156</sup>.

Feita essa análise geral de como os tribunais tem entendido e aplicado a regra da proporcionalidade, verificar-se-á, agora, como isso se dá no que se refere aos casos de manifestações odiosas.

---

<sup>154</sup> SILVA, 2002, p. 11.

<sup>155</sup> SILVA, 2002, pp. 21 e 22.

<sup>156</sup> SILVA, 2002, p. 23.

### 3.2 O DISCURSO DE ÓDIO COMO LIMITE À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Como já visto, a liberdade de expressão constitui direito basilar do nosso ordenamento jurídico e fundamento do Estado Democrático de Direito. Sua tutela, no entanto, não é ilimitada.

Em nosso ordenamento jurídico, não há um dispositivo que tipifique como crime todas as expressões de ódio – e nem se defende, neste trabalho, que deveria haver.

Assim, em que pese a Constituição ter consagrado os princípios aqui já abordados e vedado todas as formas de discriminação, a única conduta relativa à manifestação odiosa especificamente proibida e criminalizada é a de racismo, de acordo com a Lei 7.716/1989<sup>157</sup>.

Interessante mencionar que inicialmente o diploma legal supracitado restringia a definição de racismo a condutas discriminatórias por raça e cor dos indivíduos; porém, com o advento da Lei 8.081/1990<sup>158</sup>, depois alterada pela Lei 9.459/1997<sup>159</sup>, a prática racista passou a abranger, também, ações preconceituosas à religião, etnia ou procedência nacional.

Aliás, foi a Lei 9.459/1997 que alterou os artigos 1º e 20º da Lei 7.716/1989, contemplando o tipo qualificado do crime de discriminação e modificando a redação para a forma que vigora até hoje, a saber:

Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa.

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo.

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

<sup>157</sup> BRASIL. Lei 7.716 de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm)>. Acesso em 30 de maio de 2016.

<sup>158</sup> BRASIL. Lei 8.081 de 21 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw\\_Identificacao/lei%208.081-1990?OpenDocument](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%208.081-1990?OpenDocument)>. Acesso em 30 de maio de 2011.

<sup>159</sup> BRASIL. Lei 9.459 de 13 de maio de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9459.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9459.htm)>. Acesso em 30 de maio de 2016.

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é **cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:**  
Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

Ainda que a manifestação discriminatória ou preconceituosa de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional seja a única forma de discurso de ódio normativamente proibida, nosso ordenamento jurídico legitima outros meios de repressão a essa conduta, ainda que praticada em detrimento de pessoas não amparadas pela Lei 9.459/1997 (homossexuais, transexuais, mulheres ou quaisquer indivíduos cuja dignidade seja ferida por meio de manifestação odiosa).

Veremos em seguida, portanto, o foco principal desta pesquisa, ou seja, quais as possíveis consequências de discursos discriminatórios no País, analisando-se as decisões proferidas até o presente momento.

### 3.2.1 Julgado sobre discriminação racial

Indiscutivelmente, o julgamento mais conhecido e cujo teor do acórdão é mais interessante para o deslinde deste trabalho é o de Siegfried Ellwanger, condenado pelo crime tipificado no art. 20 da Lei 7.716/89, por escrever, editar, divulgar e vender livros com apologia de ideias antissemitas. Inconformado com a decisão, o advogado do réu impetrou *habeas corpus*, autuado sob o n. 82.424, no qual alegou, em síntese, que as condutas discriminatórias e preconceituosas do paciente não caracterizam racismo, por não serem os judeus uma raça. O STF denegou a ordem e manteve a condenação <sup>160</sup>.

Não se adentrará no mérito da questão no que se refere à classificação da comunidade judaica como raça ou não, mas serão pontuados alguns dos argumentos levantados pelos Ministros relativamente aos limites da liberdade de expressão nos casos de discriminação.

---

<sup>160</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Habeas Corpus 82.424/RS. Relator: CORRÊA, Maurício. Publicado no DJ de 19-03-2004. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em 15 de junho de 2016.

O Ministro Maurício Côrrea, ao proferir seu voto, lembrou que, majoritariamente, a doutrina constitucional brasileira afasta a limitação do racismo ao conceito biológico tradicional de raça (o qual, aliás, é no sentido que não há, entre os diversos grupos sociais, diferenças suficientes para que se caracterize uma e outra raça).

Assim, argumentou que, na verdade, racismo seria “todo e qualquer tratamento discriminador da condição humana em que o agente dilacera a autoestima e patrimônio moral de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, tomando como critérios raça ou cor da pele, sexo, condição econômica, origem, etc...”.

E continuou:

Não se pode perder de vista, na busca da verdadeira acepção do termo, segundo uma visualização harmônica da Carta da República, dois dogmas fundamentais inerentes ao Estado de Direito Democrático, que são exatamente a cidadania e a dignidade da pessoa [...]. Pretende-se, com eles, que todos os seres humanos, sem distinção de qualquer natureza, tenham os mesmos direitos, para que de fato se cumpra na sua inteireza o “direito de ter direitos”. [...] O direito de cada cidadão de não ser alvo de práticas racistas, como de resto as demais garantias individuais, está inserido nas liberdades públicas asseguradas pela Carta Magna, sendo dever do Estado assegurar sua total observância. O respeito ao valor fundamental da pessoa humana é premissa básica do Estado de Direito, [...] penso também não ocorrer na hipótese qualquer violação ao princípio constitucional que assegura a liberdade de expressão e pensamento [...]. Atos discriminatórios de qualquer natureza ficaram expressamente vedados, com alentado relevo para a questão racial, o que impõe certos temperamentos quando possível contrapor-se uma norma fundamental outra [...]. E **nesses casos há necessidade de proceder-se a uma ponderação jurídico-constitucional, a fim de que se tutele o direito prevalente** (grifou-se).

Como se vê, o Ministro explicou a necessidade de se ponderar as normas colidentes, embora não tenha adentrado no procedimento mediante o qual isso deve ser feito.

Outro voto de grande relevância para este debate é o do Ministro Celso de Mello, que lembrou a importância da Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, promulgada em 1948, mormente àquele caso concreto.

Destacou, ainda, a dimensão daquele julgamento para o País:

[...] é chegado o momento de o Supremo Tribunal Federal incluir, em sua agenda, seu claro propósito de afirmar os compromissos do Estado brasileiro e de manifestar a preocupação desta Corte com a questão da defesa e da preservação da causa dos direitos essenciais da pessoa humana, que traduzem valores que jamais podem ser desrespeitados ou esquecidos.

E do perigo que as ações discriminatórias, se não freadas, representam à sociedade:

A intolerância e as consequências de práticas discriminatórias, motivadas por impulsos racistas, especialmente dirigidos contra grupos minoritários, representam um gravíssimo desafio no que se refere à sociedade civil, a todas as instâncias de poder no âmbito do aparelho do Estado e do Supremo [...]. Torna-se imperioso, pois, a partir da consciência universal que se forjou no espírito de todos em torno do valor essencial dos direitos fundamentais da pessoa humana, reagir contra essas situações de opressão, degradação, discriminação, exclusão e humilhação que provocam a injusta marginalização, dentre outros, de grupos étnicos, nacionais e confessionais.

Ainda, explicou por que o manto da liberdade de expressão não protege esse tipo de prática:

Nem se diga, finalmente, que a incitação de ódio público [...] estaria protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão. É que publicações [...] que extravasam os limites da indagação científica e da pesquisa histórica, degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público [...], não merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão do pensamento, que não pode compreender, em seu âmbito de tutela, manifestações revestidas de ilicitude penal. Isso significa, portanto, que a prerrogativa concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência, não constitui meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos, especialmente quando as expressões de ódio racial – veiculadas com evidente superação dos limites da crítica política ou da opinião histórica – transgridem, de modo inaceitável, valores tutelados pela própria ordem constitucional.

Concluiu o Ministro que os postulados da igualdade e da dignidade humana tornam-se limitações externas à liberdade de manifestação do pensamento, que não pode ser exercida com o propósito de veicular práticas que estimulem a incitação de intolerância e ódio público.

Sublinhou, por fim:

[a essencialidade da utilização, pelo STF] de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, ‘hic et nunc’, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método de ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, pontuou o surgimento da doutrina do “hate speech”, que teria sido desenvolvida justamente em decorrência da preocupação do exercício da liberdade de expressão como consistente na incitação à discriminação, não necessariamente a racial.



A respeito disso, citou a resposta de Kevin Boyle, pesquisador dessa área, à questão problemática do discurso de ódio:

A liberdade de expressão, incluindo a liberdade de imprensa, é fundamental para uma democracia. [...] Mas, igualmente, o elemento central da democracia é o valor da igualdade política. [...] Uma sociedade que objetiva a democracia deve tanto proteger o direito de liberdade de expressão quanto o direito de não-discriminação. Para atingir a igualdade política é preciso proibir a discriminação ou a exclusão de qualquer sorte, que negue a alguns o exercício de direitos, incluindo o direito à participação política<sup>161</sup>.

E completou:

Como se vê, a discriminação racial levada a efeito pelo exercício da liberdade de expressão compromete um dos pilares do sistema democrático, a própria ideia de igualdade.

Argumentou o Ministro, em seguida, que o conflito resultante entre direitos resultante do discurso de ódio deve ser resolvido mediante a aplicação do que ele intitula de princípio da proporcionalidade. Ao discorrer sobre essa ideia, mencionou os limites já existentes na Constituição ao direito da liberdade de expressão (art. 5º, V e X, por exemplo), bem como o limite que se dá em face de outros valores, tais quais os da igualdade e da dignidade humana.

Assinalou, ainda, que a máxima da proporcionalidade “constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um “limite do limite”, ou uma “proibição de excesso” na restrição de tais direitos [...]; na expressão de Robert Alexy, coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido de modo relativo [...]; determina o limite último da possibilidade de restrição de determinado direito fundamental”.

Nesse sentido, apontou que, no conflito entre princípios, a resolução se dá tão somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas analisadas.

Finalmente, sintetizou que a aplicação da regra da proporcionalidade se dá “quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça um peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o princípio da proporcionalidade”, especificando cada uma delas àquele caso (adequação, necessidade

<sup>161</sup> COLIVER, Sandra. BOYLE, Kevin. D’SOUZA, Frances. Striking a balance: Hate speech, freedom of expression and non-discrimination. London and Human Rights Centre, University of Essex, 1992, p. 490.

e proporcionalidade em sentido estrito, como já visto no capítulo anterior) e concluindo que a condenação respeitou, sim, a referida regra.

Também merece destaque a palavra do Ministro Carlos Ayres Britto, que elucidou o seguinte:

[...] entendo que exprimir o pensamento é uma coisa, mas, a pretexto de exprimir o pensamento, induzir, incitar, convocar certas práticas racistas, isso já é outra coisa. Quero dizer que pode haver o transbordamento do campo da lídima expressão do pensamento para o campo da ação propriamente dita. Por exemplo, expor uma ideia, conceber uma teoria, defender um ponto de vista, científica ou artisticamente, convenhamos, é liberdade de expressão. Entretanto, se na exposição do pensamento, se contiver uma provocação, uma incitação, um induzimento, uma convocação para a ação propriamente dita, aí já temos o transbordamento da reflexão para a ação [...].

No mesmo sentido foi a contribuição do Ministro Carlos Veloso:

Uma das formas mais odiosas de desrespeito aos direitos da pessoa é aquela que se embasa no preconceito relativamente às minorias e que se revela no incitar ou praticar atos e sentimentos hostis em relação aos negros, aos índios, aos judeus, aos árabes, aos ciganos, etc. [...]

A liberdade de expressão não pode sobrepor-se à dignidade da pessoa humana, fundamento da República e do Estado Democrático de Direito que adotamos – CF, art. °, III – ainda mais quando essa liberdade de expressão apresenta-se distorcida e desvirtuada.

Ainda nesse liame foi a reflexão do Prof. Celso Lafer, que, na condição de *amicus curiae*, alertou que “só existe uma ‘raça’ – a espécie humana – e, portanto, do ponto de vista biológico, não apenas os judeus, como também os negros, os índios [...] ou quaisquer outros grupos, religiões ou nacionalidades não formam raças distintas”.

Assim, o racismo é justamente a atribuição que se dá a diferentes grupos de indivíduos com características semelhantes para instaurar a desigualdade e a discriminação.

Após, exarou seu voto o Ministro Nelson Jobim, que alertou que o crime do paciente não era a edição dos livros em si, “mas sim ser um instrumento, um veículo pelo qual pode-se [sic] produzir o racismo”. Ou seja, a manipulação desses instrumentos, objetivando produzir o resultado almejado, é exatamente difamar e praticar o racismo.

É possível fazer uma ligação entre esse exame relativo à edição dos livros antissemitas e um discurso de ódio qualquer. O problema não reside somente nas palavras odiosas dirigidas de uma pessoa a outra, mas também no fato de que esses discursos, após serem proferidos, são utilizados tanto pelo autor quanto por terceiros para incitar mais ódio e discriminação, sempre sob o manto da liberdade de manifestação do pensamento.

O discurso de ódio nada mais é, portanto, do que um veículo de reprodução de preconceito.

Clarificante, após o exame do caso concreto de Siegfried Ellwanger, que a Corte Suprema considera que, embora em termos biológicos e antropológicos não seja possível dividir a espécie humana em raças, culturalmente e sociologicamente é possível diferenciá-la em grupos – brancos, pretos, amarelos, judeus, árabes, ciganos, etc. O crime de racismo é justamente o tratamento discriminatório, hostil, preconceituoso relativamente a esses grupos.

### 3.2.2 Outros julgados destacados

Consoante já dito, são poucos os casos, na jurisprudência pátria, em que foram enfrentadas questões envolvendo conflitos entre normas decorrentes de manifestações de pensamento odiosas.

No entanto, relativamente a possíveis limitações ao direito fundamental da liberdade de expressão, os casos julgados apresentam, em geral, um entendimento consolidado, cuja fundamentação e argumentos podem ser pertinentes para que se compreenda quais as possíveis consequências do discurso de ódio no Brasil.

Tratar-se-á de alguns deles a seguir, mas, antes, pertinente colacionar parte da ementa da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130<sup>162</sup>, cujo teor decisório se tornou paradigma e fundamento para grande parte dos casos posteriores, inclusive alguns dos quais serão tratados a seguir. Veja-se:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA "LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA", EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A **"PLENA" LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA**. A PLENITUDE DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELECTUAL E COMUNICACIONAL. **LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÕEM COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. [...]** **PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E**

<sup>162</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130/DF. Relator: BRITTO, Carlos. Publicado no DJ de 06-11-2009. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em 15 de junho de 2016.

**O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA A POSTERIORI DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO A POSTERIORI, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS A TERCEIROS. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. PROIBIÇÃO DE MONOPOLIZAR OU OLIGOPOLIZAR ÓRGÃOS DE IMPRENSA COMO NOVO E AUTÔNOMO FATOR DE INIBIÇÃO DE ABUSOS. NÚCLEO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E MATÉRIAS APENAS PERIFERICAMENTE DE IMPRENSA. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI Nº 5.250/1967 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO (grifou-se).**

Ao analisar o julgado concernente a esse debate, verifica-se que a maior parte das ações se refere ao conflito entre os direitos fundamentais da liberdade de expressão (na maioria das vezes traduzida em liberdade de imprensa) e da inviolabilidade da honra, privacidade e intimidade – correntemente envolvendo pessoas públicas.

O caso de maior repercussão é o da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4815, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, relativa à controvérsia das biografias não autorizadas. Observe-se o *decisum*<sup>163</sup>:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. MÉRITO: APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO. [...] 2. O objeto da presente ação restringe-se à interpretação dos arts. 20 e 21 do Código Civil relativas à divulgação de escritos, à transmissão da palavra, à produção, publicação, exposição ou

<sup>163</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815/DF. Relatora: LUCIA, Carmen. Publicado no DJ de 01-02-2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em 15 de junho de 2015.

utilização da imagem de pessoa biografada. 3. A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceada pelo Estado ou por particular. 4. **O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações.** 5. Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir soleira da porta de casa. 6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se cortando liberdades conquistadas. **A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei.** 7. A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem. 8. **Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias.** 9. Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes) (grifou-se).

O que se nota no decisório é que a Corte Superior entendeu que o direito fundamental à liberdade de expressão não pode ser anulado por outra norma constitucional, menos ainda por outra de hierarquia inferior. Argumentou, nesse sentido, que a coexistência das normas e, conseqüentemente, a resolução de eventuais conflitos entre elas, deve se dar mediante o balanceamento de direitos, conforme a teoria de Alexy.

No entanto, ainda que tenha apontado a necessidade da ponderação, a explanação dos motivos pelos quais, naquele caso concreto, a liberdade de expressão deveria prevalecer, se mostrou insuficiente, restringindo-se a explicações doutrinárias a respeito da importância do exame ensinado por Alexy, sem adentrar na correta aplicação da regra da proporcionalidade, com a observância de suas três subregras àquela situação.

O segundo caso a ser abordado é o Recurso Extraordinário 638565, originário do Amapá, de relatoria do Ministro Ayres Britto, no qual um Senador (recorrente) alegou que um noticiário (recorrido) havia divulgado fatos e opiniões a seu respeito com o

intuito de macular a sua honra e imagem, motivo pelo qual requereu indenização por danos morais. Assim foi o entendimento do STF <sup>164</sup>:

[...] Tenho que a insurgência não merece acolhida. De saída, anoto que esta nossa Casa de Justiça, no julgamento da ADPF 130, de minha relatoria, assentou a precedência cronológica do direito à liberdade de manifestação do pensamento e de expressão lato sensu. É dizer: a ponderação, diante de uma concreta colisão entre direitos de personalidade, a própria Constituição já fez. E o fez em favor da liberdade de imprensa. Não há que se remeter o juízo de ponderação ao Poder Judiciário. Reproduzo, por esclarecedora, a ementa da ADPF 130, assim redigida na parte que interessa à solução da causa: MECANISMO CONSTITUCIONAL DE CALIBRAÇÃO DE PRINCÍPIOS. O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma Constituição Federal: vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV). Lógica diretamente constitucional de calibração temporal ou cronológica na empírica incidência desses dois blocos de dispositivos constitucionais (o art. 220 e os mencionados incisos do art. 5º). **Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a ‘livre’ e ‘plena’ manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana** (grifou-se).

Ao contrário do que se vislumbrou na primeira situação, nesse Recurso Extraordinário o entendimento foi no sentido de que o exame da ponderação de direitos pelo Poder Judiciário é prescindível, porquanto a própria Constituição já o fez, decidindo pela prevalência da liberdade de expressão e estipulando meios para que eventuais manifestações desrespeitosas a outros direitos constitucionais possam ser cobradas do autor.

Além disso, no que se refere às alegações do Senador, esclareceu o Ministro que não restou comprovado nos autos que a empresa ré agiu “com intenção de macular a honra ou a imagem do autor, mas apenas exerceu seus direitos ao questionar as nomeações para cargos de altíssimo escalão” e, não sendo possível o reexame das provas em sede de RE, negou seguimento ao recurso.

Outro feito é o da Reclamação Constitucional 18776, originária do Rio de Janeiro, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, ajuizada por Porta dos Fundos Produtora e Distribuidora Audiovisual S.A. em face da Juíza Coordenadora da Fiscalização da Propaganda Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro, em face da

<sup>164</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática no Recurso Extraordinário 638565/AP. Relator: BRITTO, Ayres. Publicado no DJ de 09-12-2011. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=638565&classe=RE&codigo\\_codigo=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=638565&classe=RE&codigo_codigo=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M)>. Acesso em 15 de junho de 2016.

decisão que ordenou, em sede de antecipação de tutela, a imediata retirada do vídeo “Você me conhece”, do canal da reclamante, em decorrência de suposta divulgação de propaganda negativa contra determinado candidato ao governo do RJ. A esse respeito posicionou-se o Supremo <sup>165</sup>:

A não recepção da Lei nº 5.250/67 pela Constituição Federal de 1988 foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 130/DF, sob o fundamento da vedação de censura prévia à atividade de imprensa, cuja liberdade foi considerada essencial para o desenvolvimento da cultura democrática e “alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade [...], garanti[ndo-se o] espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência” (item 2 da , DJe de 5/2/09). Posto que a natureza essencial da “liberdade de informação jornalística” para o processo democrático fundamentou-se nos direitos de personalidade referentes à livre manifestação do pensamento e de acesso à informação, **o STF considerou resguardados os direitos de personalidade atinentes a intimidade, vida privada, imagem e honra ante a subsistência da possibilidade de controle a posteriori da atividade de imprensa exercida livremente.** [...] A liberdade de informação jornalística é versada pela Constituição Federal como expressão sinônima de liberdade de imprensa. Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras. [...] Em consonância com o entendimento firmado na ADPF nº 130/DF, a reprovação do comportamento somente pode ocorrer após a veiculação do conteúdo jornalístico, humorístico ou intelectual. [...] No caso dos autos, não verifico a identidade entre o debate travado na presente reclamação e o entendimento vinculante apto a instaurar o exercício da jurisdição, em sede reclamatória, pelo Supremo Tribunal Federal. Isso porque, além de não se tratar de censura prévia exercida pelo Poder Judiciário sobre a atividade de comunicação desempenhada pela sociedade empresária ora reclamante uma vez que o conteúdo da arte já havia sido divulgado quando do ajuizamento da ação -, tem-se que a decisão reclamada está fundamentada nos elementos de prova carreados nos autos originários, tendo a autoridade judicial formado seu convencimento no sentido da existência de violação do direito à imagem e da vida privada de candidato a cargo eletivo, nos termos dos arts. 20, 21 do Código Civil. [...] Ante o exposto, nego seguimento à reclamação, nos termos do artigo 21, § 1º, do RISTF, prejudicada a análise do pedido liminar (grifou-se).

Percebe-se que igualmente ao caso anterior, o julgado considerou que, primeiramente, assegura-se o direito à liberdade de expressão e, posteriormente, cobra-se do autor eventuais abusos à dignidade de terceiros, ante a expressa vedação constitucional à censura prévia.

Entretanto, entendeu o relator que o caso daqueles autos não caracterizou tal instituto, tendo em vista que o conteúdo já havia sido disponibilizado no canal da

<sup>165</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática na Reclamação Constitucional 18776/RJ. Relator: TOFFOLI, Dias. Publicada no DJ de 08-10-2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=18776&classe=Rcl&codigoCcodig=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 15 de junho de 2016.

recorrente, previamente ao ajuizamento da ação. Ademais, inferiu que a decisão reclamada encontrava-se fundamentada nos documentos carreados nos autos originários, motivo pelo qual negou seguimento ao recurso.

A quarta demanda cujo teor é necessário mencionar é do Agravo em Recurso Extraordinário 891647, originário de São Paulo, de relatoria do Ministro Celso de Mello, contra decisão que condenou jornalista pelo delito de injúria, tipificado no art. 140 do Código Penal, por entender que houve abuso no exercício da liberdade de opinião. A resolução da Corte Superior não foi diferente <sup>166</sup>:

A Constituição da República não protege nem ampara opiniões, escritos ou palavras cuja exteriorização ou divulgação configure hipótese de ilicitude penal, tal como sucede nas situações que caracterizam crimes contra a honra (calúnia, difamação e/ou injúria), pois a liberdade de expressão não traduz franquia constitucional que autorize o exercício abusivo desse direito fundamental. [...] o entendimento que o Supremo Tribunal Federal firmou a propósito do tema que põe em destaque a situação de polaridade conflitante entre a liberdade de expressão, de um lado, e a preservação dos direitos da personalidade, de outro. Essa controvérsia ainda mais se acentua nos casos em que a colisão de princípios é examinada na perspectiva do abuso da liberdade de informar e de opinar, especialmente quando o exercício dessa prerrogativa projeta-se sobre o campo da ilicitude penal. [...] os valores que informam a ordem democrática, dando-lhe o indispensável suporte axiológico, revelam-se conflitantes com toda e qualquer pretensão estatal que vise a nulificar ou a coarctar a hegemonia essencial de que se revestem, em nosso sistema constitucional, as liberdades do pensamento. [...] O direito à livre expressão do pensamento, contudo, não se reveste de caráter absoluto, pois sofre limitações de natureza ética e de caráter jurídico. **Os abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento, quando praticados, legitimarão, sempre “a posteriori”, a reação estatal aos excessos cometidos, expondo aqueles que os praticarem a sanções jurídicas, de caráter civil ou, até mesmo, de índole penal.** É que, se assim não fosse, os atos de caluniar, de difamar, de injuriar e de fazer apologia de fatos criminosos, por exemplo, não seriam suscetíveis de qualquer punição ou reação do ordenamento jurídico, porque supostamente protegidos pela cláusula da liberdade de expressão. [...] O fato irrecusável, neste tema, é um só: o abuso no exercício da liberdade de expressão não pode ser tolerado. Ao contrário, deve ser reprimido e neutralizado, sempre, porém, “a posteriori”, eis que **a liberdade de opinião não autoriza nem legitima práticas que atinjam e vulnerem, mediante imputações ofensivas, o patrimônio moral das pessoas, cuja proteção encontra fundamento no próprio texto da Constituição** da República (art. 5º, X, c/c o art. 220, § 1º) (grifou-se).

Utilizando os mesmos argumentos dos dois casos anteriores, nesta decisão o Supremo ressaltou que os limites à liberdade de expressão devem sempre ser feitos ‘a posteriori’, quando verificados excessos pelos praticantes, de modo que poderão ser aplicadas sanções – de caráter civil ou penal, de acordo com cada evento.

<sup>166</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Agravo em Recurso Extraordinário 891647/SP Relator: MELLO, Celso de. Publicado no DJ de 21-09-2015 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=891647&classe=ARE&codigo=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 15 de junho de 2016.



Assim, ao entender que houve, de fato, abuso no exercício do direito por parte do jornalista, conforme provas constantes no processo originário, decidiu o Ministro pela manutenção da condenação.

Outro julgado que envolve o debate relativo à liberdade de expressão e cujos fundamentos se demonstram importantes para o debate, ainda que não se refiram diretamente ao tema principal deste estudo, é o da Reclamação 15887, ajuizada em face de decisão do TJMG que determinou que o reclamante se abstinisse de realizar manifestações em vias e logradouros públicos em qualquer parte do território estadual.

Para resolver o dilema, o relator valeu-se do acórdão proferido na ADI 1.969/DF, no qual “a Corte foi instada a se pronunciar acerca da constitucionalidade de norma distrital (Decreto nº 20.098/99), que proscrevia a realização de manifestações públicas, com a utilização de carros, aparelhos e objetos sonoros na Praça dos Três Poderes, Esplanada dos Ministérios e Praça do Buriti”. Veja-se <sup>167</sup>:

Naquela assentada, o Tribunal julgou procedente o pedido formulado para declarar a inconstitucionalidade de norma asseverando que a restrição estabelecida ao direito de reunião não se compatibilizava com o postulado da proporcionalidade e seus subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Imperioso, neste ponto, trazer à colação excerto do voto do eminente relator Min. Ricardo Lewandowski, acolhido à unanimidade, que categoricamente afirmou “[...] Proibir a utilização de carros, aparelhos e objetos sonoros, nesse e em outros espaços públicos que o Decreto vergastado discrimina, inviabilizaria por completo a livre expressão do pensamento nas reuniões levadas a efeito nesses locais, porque as tornaria emudecidas, sem qualquer eficácia para os propósitos pretendidos. [...] Há que se ter em conta, por outro lado, que a utilização aparelhos de som nas reuniões, que são limitadas no tempo, certamente não causará prejuízo irreparável àqueles que estão nas imediações da manifestação. [...] A restrição ao direito de reunião estabelecida pelo Decreto distrital 20.098/99, a toda a evidência, **mostra-se inadequada, desnecessária e desproporcional** [...]. Não vejo, portanto, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e em face do próprio texto da Carta Magna, como considerar hígida, do ponto de vista constitucional, a vedação a manifestações públicas que utilizem com a utilização de carros, aparelhos ou objetos sonoros na Praça dos Três Poderes, Esplanada dos Ministérios, Praça do Buriti e vias adjacentes”. [...] Além disso, é fato público e notório a anuência dos poderes constituídos ao movimento popular observado nas ruas, de manifestações em prol da democracia, da probidade e do bom emprego dos recursos públicos. A imprensa escrita e falada dá notícia das declarações de autoridades governamentais exaltando e chancelando o caráter legítimo e democrático de tais protestos, desde que sem vandalismo e depredação do patrimônio público e privado. Cass Sunstein, **referindo-se especificamente à liberdade de expressão oriunda da rede mundial de computadores, fecunda e própria da modernidade, como sói ocorrer atualmente no Brasil, deixa claro que esse direito não é absoluto, de modo que o Estado tem não apenas o poder, mas o dever de coibir excessos nocivos à vida social e que podem comprometer o próprio exercício, independente e informado, da livre**

<sup>167</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Reclamação Constitucional 15887/DF. Relator: FUX, Luiz. Publicado no DJ de 24-06-2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484308>>. Acesso em 15 de junho de 2016.

**manifestação. [...] A liberdade de expressão, em ambos os casos, deve ser protegida apenas enquanto meio para a comunicação de ideias a palavra não é acobertada pela garantia constitucional para veicular, por exemplo, um discurso de ódio.** Mais ainda, não se pode admitir a barbárie a pretexto de transmitir uma mensagem ou proposta. Assim, ainda que alguém atire um tijolo contra uma vidraça para expressar que não concorda com certo ponto de vista ou atitude do proprietário do bem, e por mais clara que seja a mensagem retratada em tal ação, não é possível invocar a liberdade de expressão para excluir a prevenção e a repressão, civil e penal, contra o vandalismo (grifou-se).

Imprescindível ressaltar do voto em análise dois pontos importantes: a) a menção à regra da proporcionalidade, com o apontamento de suas três subregras, ao considerar que a medida em análise foi “inadequada, desnecessária e desproporcional”, equivocando-se, contudo, ao considerá-la como princípio e sinônimo de razoabilidade<sup>168</sup>; b) a concepção de que a liberdade de expressão, mormente quando o meio utilizado for a rede mundial de computadores, não é absoluta, ressaltando o dever do Estado de coibir manifestações que apresentem riscos à vida social, notadamente em se tratando de mensagens que vinculem discursos de ódio.

Como se vê, todos os julgamentos até agora estudados foram proferidos pelo Supremo Tribunal Federal.

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou, quando incitado sobre o assunto no Recurso Especial 1.175.675/RS, interposto por Google Brasil Internet Ltda em face de acórdão que determinou a exclusão de toda e qualquer menção difamatória ao nome do recorrido no site de relacionamentos *Orkut* (voto do relator Luis Felipe Salomão)<sup>169</sup>:

[...] é evidente que a ampla liberdade de acesso, o anonimato por vezes propiciado pelo próprio provedor, a ausência de ferramenta capaz de controlar manifestações (saudáveis ou não) no ambiente virtual, tudo isso contribui para o incremento de acessos e se apresenta como chamariz eficiente de usuários. [...] Não se conceberia, por exemplo, que a ausência de ferramentas técnicas à solução de problemas em um produto novo no mercado isentaria a fabricante de providenciar alguma solução. Tal como afirmado na instância de piso, se a Google criou um “monstro indomável” é apenas a ela que devem ser imputadas eventuais consequências desastrosas geradas pela ausência de controle dos usuários de sua rede social, os quais inegavelmente fomentam o lucro da empresa. Não fosse por isso, não é crível que uma empresa do porte da Google [...] não possua capacidade técnica para identificar as páginas que contenham mensagens depreciativas à honra do autor, independentemente da identificação precisa, por parte deste, das URL's. [...] Cumpre notar ainda que, no caso de *redes sociais*, eventuais ofensas à honra de pessoas não podem ser consideradas atos exclusivamente praticados por terceiros (usuários). Evidentemente há a participação instrumental do fornecedor do “ambiente” virtual que, sabedor da potencialidade lesiva do ato e da possibilidade da rápida disseminação da

<sup>168</sup> Para melhores explicações sobre os motivos pelos quais tal visão é equivocada, verificar o ponto 3.1. deste trabalho.

<sup>169</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial 230095/RS. Relator: SALOMÃO, Luis Felipe Publicado no DJ em 14-08-2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201400822328&dt\\_publicacao=05/11/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400822328&dt_publicacao=05/11/2014)>. Acesso em 16 de junho de 2016.

informação pelo ambiente preparado por ele próprio, não retira a informação do ar tão logo chegue ao seu conhecimento. E, no caso de uma empresa de *internet* de grande porte, deve-se presumir que seja sabedora da existência da mensagem eventualmente ofensiva tão logo tenha sido postada em seu ambiente virtual, independentemente de indicação por parte do ofendido. [...] Nesse ponto, ressalto, uma vez mais, que não se afirma que há dano moral imputável ao provedor de *internet* (administrador de rede social), já no momento em que determinada mensagem é postada na rede. Nesse momento, há o dever de o provedor retirar tal mensagem do seu ambiente virtual, mas sua responsabilização civil vai depender de sua conduta, se omissiva ou não, levando-se em conta a proporção entre sua culpa e o dano experimentado por terceiros (art. 944, parágrafo único, do CPC). **Não se trata também de censura prévia à liberdade de expressão dos usuários das chamadas redes sociais. É que a própria Constituição Federal, ao proclamar a liberdade de expressão e de manifestação do pensamento, assim o faz trançando as diretrizes principiológicas de acordo com as quais esse direito será exercido, não havendo, no ponto e em regra, direito absoluto.** [...] De fato, não há como afirmar acertadamente que, por exemplo, o discurso de ódio, mensagens racistas e difamantes, pornografia infantil, anúncios servis a tráfico de entorpecentes - como os que noticiam a imprensa brasileira existirem na rede social ora em questão -, possam fazer parte do âmbito normativo de proteção da liberdade de manifestação do pensamento. [...] Deveras, a dignidade da pessoa humana, sendo um dos fundamentos da República (art. 1º, inciso III, CF/88) e não simplesmente um direito, é a lente pela qual devem ser lidos os demais direitos e liberdades consagrados constitucionalmente. Nesse passo, a proteção dos direitos fundamentais do homem revela-se-me um sinal mais seguro do progresso da humanidade, mais seguro que os sinais do avanço puramente tecnológico (grifou-se).

Percebe-se que o entendimento do STJ é no sentido de que é possível responsabilizar o administrador de uma rede social por mensagens ofensivas ali postadas por terceiros, devendo o provedor criar mecanismos que filtragem dessas postagens, para que sejam retiradas do ambiente virtual assim que identificadas como lesivas a alguém. Sublinhe-se que, para essa Corte, tal ação não se trata de censura prévia, uma vez que manifestações que pensamento de cunho odioso, discriminatório e racista não fazem parte do âmbito normativo de proteção da liberdade de expressão.

Em sentido oposto, entretanto, decidiu o nosso Tribunal de Justiça <sup>170</sup>:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CAUTELAR - LIMINAR INDEFERIDA - PLEITO DE RETIRADA DE PUBLICAÇÃO SUPOSTAMENTE OFENSIVA EM REDE SOCIAL NA INTERNET, FORNECIMENTO DE IP (INTERNET PROTOCOL) E TEOR DE CONVERSAS EM APLICATIVO DE MENSAGENS - INSURGÊNCIA DO AUTOR - PLAUSIBILIDADE DO DIREITO E RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO NÃO DEMONSTRADOS - COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - LIBERDADE DE EXPRESSÃO VERSUS PROTEÇÃO À IMAGEM E À HONRA - PRECEITOS QUE NÃO SÃO ABSOLUTOS - JUÍZO DE PONDERAÇÃO NO CASO CONCRETO - PREVALÊNCIA DA

<sup>170</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acórdão em Agravo de Instrumento 2015.069967-6/Chapecó. Relator: FORNEROLLI, Luiz Antônio Zanini. Publicado no DJ de 14-03-2016. Disponível em:

<[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAAANqbhAAH&categoria=acórdão](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAAANqbhAAH&categoria=acórdão)>. Acesso em 16 de junho de 2016.

**LIVRE MANIFESTAÇÃO DE OPINIÃO - AGRAVANTE QUE É ENGAJADO NO CENÁRIO POLÍTICO E OCUPA CARGO PÚBLICO - RECURSO DESPROVIDO.** I - A garantia à livre expressão e manifestação de pensamento - assim como todos os outros direitos fundamentais - não possui caráter absoluto, sendo-lhes impostos certos limites morais, de forma que não sejam protegidas manifestações que impliquem na ilicitude penal, tais como os chamados discursos do ódio (STF, HC n. 82.424, rel. p/ o acórdão Min. Maurício Corrêa, j. em 17.09.2003). II - Tratando-se, entretanto, de mera expressão de pensamento - ainda que com conteúdo potencialmente ofensivo -, deve ser garantida a liberdade de opinião, priorizando-se outras formas de compensação, tais como o direito de resposta ou o pagamento de indenização compatível. III - O agente político do Estado, em razão de sua inata função e em face da pluralidade do amálgama social, tem que possuir tolerância à opinião contrária razoável, sob pena de, baseado em sua íntima querência, transformar o Estado Democrático em Ditatorial, onde por certo estará, nesse cenário, imune às críticas desfavoráveis (grifou-se).

Afere-se que a argumentação aventada pelo TJSC é a mesma dos casos do STF anteriormente mencionados, ou seja, ainda que não sejam protegidas manifestações que impliquem na ilicitude penal (como no discurso de ódio), é garantida a liberdade de opinião e de expressão de pensamento, assegurando-se formas de compensação, no âmbito cível, após eventuais abusos de direito.

Constata-se, ainda, alusão ao juízo da ponderação como forma de resolução do conflito entre a liberdade de expressão e a proteção da honra e da imagem, decidindo pela prevalência, nesse caso, da primeira norma, porque o indivíduo supostamente difamado é engajado politicamente e ocupa cargo público, razão pela qual “não pode esperar se ver livre de críticas ou questionamentos”.

Acentue-se que essa questão está para ser enfrentada pelo STF, eis que se encontra concluso ao relator o Recurso Extraordinário 660861<sup>171</sup>, originário de Minas Gerais, que trata da questão da responsabilidade civil da empresa Google sobre a criação, por usuários da rede social *Orkut*, de conteúdo considerado ofensivo a terceiro.

Ainda que o mérito não tenha, até a data de hoje, sido resolvido, pertinente destacar as palavras do Ministro Luiz Fux na decisão que reconheceu a Repercussão Geral, que vão ao encontro do entendimento do STJ:

Não há como prosperar a alegação de que pelo fato da recorrente não ser a autora do conteúdo publicado ela não é responsável por eventuais danos causados. O serviço prestado pela recorrente exige a elaboração de mecanismos aptos a impedir a publicação de conteúdos passíveis de ofender a imagem de pessoas, evitando-se que o site de relacionamento configure um meio sem limites para a manifestação de comentários ofensivos, sem que se observem regras mínimas. O fato do conteúdo ora discutido ter sido elaborado por terceiros não exclui a responsabilidade da recorrente em fiscalizar o conteúdo do que é publicado e se os usuários estão observando [sic] as políticas elaboradas pelo próprio site.

<sup>171</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão com Repercussão Geral em Recurso Extraordinário com Agravo 660861/MG. Relator: FUX, Luiz. Publicado no DJ de 07-11-2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3058915>>. Acesso em 16 de junho de 2016.

Assim, parece que a visão da Suprema Corte no que se refere a manifestações ofensivas em redes sociais vai seguir a mesma orientação que a do Superior Tribunal de Justiça acima elucidada, ou seja, de que é possível responsabilizar empresas provedoras de internet pelo conteúdo postado em sites e redes sociais de seu domínio, bem como de que cabe às mesmas a criação de mecanismos interruptores de publicações ofensivas à imagem de outrem.

Ante os casos acima elencados, conclui-se que o entendimento do STF, ao menos relativamente aos processos cujo mérito já foi decidido, é no sentido de que, primeiramente, assegura-se o direito de expor opinião e a impossibilidade de censura prévia, mormente em se tratando de veículo jornalístico e, posteriormente, possibilita-se a responsabilização por eventual abuso da liberdade, caso demonstrada a intenção de macular a honra de outrem, seja no âmbito constitucional (direito à resposta), civil (indenização por danos morais) ou penal (crimes de injúria, difamação e calúnia).

O STJ, por sua vez, exprimiu a possibilidade de um administrador de rede social de “filtrar” o conteúdo de postagens feitas pelos usuários, quando ofensivas a terceiro e/ou ao próprio ordenamento jurídico, por entender que a mensagem por elas transmitida não faz parte do âmbito normativo acobertado pela liberdade de expressão, motivo pelo qual a sua exclusão automática não seria considerada censura prévia. Resta aguardar, como dito, a manifestação da Suprema Corte.

Já o TJSC, ainda que tenha, aparentemente, recorrido ao juízo da ponderação para resolver o conflito, em verdade, somente mencionou a prevalência da liberdade de opinião, sem, no entanto, aplicar a estruturação ensinada por Robert Alexy e a necessária fundamentação pela qual decidiu de tal modo.

Aliás, nas poucas decisões do Supremo em que a regra da proporcionalidade foi mencionada, os julgadores limitaram-se a dizer que o balanceamento era necessário e que naquele caso concreto um ou outro direito se sobrepôs, sem adentrar no exame da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, o que se verifica na jurisprudência brasileira é que, embora haja recorrentes tentativas de emprego da proporcionalidade, em geral, há um desconhecimento de sua natureza e forma de execução.

Relativamente ao discurso de ódio, percebe-se que, em que pese tenham sido poucos os casos, até o presente momento, em que o objeto da ação tenha sido especificamente esse, houve menção, em inúmeros outros julgados, do que parece ser um entendimento pacífico: o limite da liberdade de expressão é o discurso de ódio, a ofensa à dignidade de terceiros, podendo as consequências de tal ato ocorrer no âmbito civil, penal e constitucional, dependendo do caso concreto.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou questionar a aplicação da ponderação, técnica de explanação de racionalidade judicial teorizada por Robert Alexy, a partir de pesquisa amostral de julgados em que tratam de casos de colisão entre liberdade de expressão e outros direitos fundamentais, como o da proteção à intimidade, honra, imagem e vida privada, assim como o da não discriminação racial, os quais são a concretização do princípio fundamental da dignidade humana. Assim, analisaram-se, também, questões relativas ao discurso de ódio no ordenamento jurídico brasileiro, levando-se em consideração elementos históricos e conceituais, doutrinários e jurisprudenciais.

Fez-se, no primeiro capítulo, uma análise eminentemente doutrinária acerca da importância consagrada pela Constituição Federal de 1988 aos princípios e direitos fundamentais, com especial atenção às duas normas que devem ser ponderadas nas situações que envolvem manifestações odiosas. Verificou-se, naquele momento, que princípios são mandamentos de otimização e núcleo do sistema jurídico; são normas de alto grau de abstração e que carecem de mediações concretizadoras, sendo, em verdade, fundamentos das regras.

A respeito do princípio da dignidade humana, observou-se que o Constituinte adotou-o como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito, de forma que sua proteção e reconhecimento pela ordem constitucional é primordial. Nesse sentido, foi possível compreender que os direitos fundamentais, em sua maioria elencados no art. 5º da Carta Maior, encontram na dignidade humana seu elemento fundante.

O direito a não discriminação (racial ou qualquer outra atentatória aos direitos e liberdades fundamentais – incisos XLII e XLIII), bem como o da proteção à intimidade, privacidade, imagem e honra (inciso X), são, portanto, normas concretizadoras desse princípio.

Além disso, ressaltou-se que a liberdade de expressão, ante a sua basilar importância para a existência de uma real democracia, bem como por sua estrutura e forma de aplicação, equipara-se a princípio.

Ato contínuo, foi necessário aferir como se dá a resolução de conflitos em se tratando de dois ou mais princípios fundamentais, para que, posteriormente, fosse possível compreender as consequências jurídicas de um discurso discriminatório.

Para essa análise, utilizou-se a teoria de Robert Alexy, segundo o qual os princípios, diferentemente das regras, não se aplicam mediante subsunção.

Antes disso, no entanto, apresentou-se uma breve visão dos princípios e métodos clássicos de interpretação e constatou-se a importância da interpretação constitucional atual como uma quebra de paradigma dos métodos clássicos, tendo em vista que introduz procedimentos de racionalização da decisão judicial.

Por conseguinte, fez-se necessária uma explanação acerca desses procedimentos, por serem necessários ao exame da legitimação do poder jurisdicional, que, por sua vez, é exigência do princípio contramajoritário do Poder Judiciário.

Após essa digressão, adentrou-se nas especificidades da teoria de Alexy, segundo a qual, em caso de colisão de princípios, deve-se seguir a regra da proporcionalidade, que possui três subregras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Depois, explicou-se que a subregra proporcionalidade em sentido estrito é o que Alexy chamou de ponderação ou balanceamento, que consiste na verificação, em cada caso concreto no qual isso seja necessário, do peso de cada princípio colidente, para que se decida, sempre se atentando à fundamentação, qual mandamento deve se sobrepor.

Sublinhou-se, ainda, que determinar a primazia de um princípio sobre outro em determinada situação não significa declarar a invalidade deste, tampouco introduzir uma cláusula de exceção, e sim estabelecer uma precedência condicionada.

No que se refere à fundamentação das decisões que enunciam determinada precedência condicionada, salientou-se que devem se basear em regras relativamente concretas, as quais devem ser atribuídas às disposições de direitos fundamentais.

Finalmente, no terceiro e último capítulo, verificou-se, primeiramente, que a aplicação da regra da proporcionalidade no País ocorre de forma equivocada: utiliza-se o termo “princípio” ao invés de “regra”; considera-se proporcionalidade sinônimo de

razoabilidade; ignora-se a existência de uma estrutura, cujas subregras devem ser respeitadas; desatende-se a exigência de fundamentação para justificar a escolha da proporcionalidade como razão de decidir.

Ademais, passou-se a real análise do tema, ou seja, as possíveis consequências do discurso de ódio em nosso ordenamento jurídico.

Para tanto, dividiu-se a questão em duas vertentes: a um, relativa aos discursos odiosos que, por caracterizarem preconceito de “raça, etnia, religião ou procedência nacional”, são considerados crimes de discriminação racial, tipificado pela Lei 7.716/1989; a dois, referente a outros casos jurisprudenciais nos quais foram discutidos os limites à liberdade de expressão.

Diante disso, como delineamento de resolução ao problema proposto, verificou-se que, pela pesquisa amostral dos julgados examinados sobre a matéria mencionada, os tribunais pátrios não conferem regularidade à construção de resolução de conflitos entre direitos fundamentais, conforme proposto por Robert Alexy. Além disso, o que se notou em todas as situações observadas é que, embora ainda haja certo impasse na aplicação da regra da proporcionalidade como forma de resolução de conflito entre princípios, o entendimento de que é possível limitar o exercício do direito à liberdade de expressão quando se tratar de discurso de ódio é majoritário no Judiciário.

Verificaram-se, ainda, algumas divergências quanto ao momento em que é permitido, de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, efetuar essa restrição.

O STF tem entendido que a Constituição é expressa ao vedar a censura prévia e, portanto, deve-se garantir o exercício da liberdade de expressão e levar à apreciação jurisdicional eventuais abusos, sendo que as consequências podem ocorrer no âmbito cível, penal e constitucional. Há, no entanto, como visto, uma perspectiva de entendimento diverso visualizada, que aguarda julgamento.

Já o STJ, incitado a respeito da liberdade de expressão em redes sociais, manifestou-se no sentido de ser possível que os próprios provedores de internet sejam responsáveis por verificar as postagens de usuários em redes de seu domínio e deletar as que ofenderem terceiros.



No entanto, há no STF, como visto, uma perspectiva de mudança para esse segundo entendimento, no Recurso Extraordinário 660861, que aguarda julgamento.

Assim, vislumbrou-se nesta pesquisa que, em que pese ser fundamental o direito à liberdade de expressão de pensamento, não se pode permitir que, sob o manto dessa fundamentalidade atribuída pelo Constituinte, seja absoluta e ilimitada a garantia de manifestação dos indivíduos, sendo que o limite reside justamente no princípio da dignidade humana de terceiros.

Desse modo, o discurso de ódio, por ser um tipo de manifestação de pensamento que vai de encontro com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e que pode, inclusive, ser sucedido por situações de violência real (física), não faz parte, portanto, em nosso ordenamento jurídico, do âmbito de proteção da liberdade de expressão.

No entanto, esse conflito, principalmente quando relativo a publicações odiosas em redes sociais, é bastante recente e encontra opiniões discordantes entre os órgãos julgadores, motivo pelo qual é preciso fomentar o debate e buscar compreender as particularidades desses discursos, para que se garanta a solução mais adequada a cada caso concreto.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXYY, Robert. *Theorie der grundrechte*, 1986. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de SILVA, Virgílio Afonso da, da 5ª ed. alemã publicada pela *Suhrkamp Verlag*, 2006.
- ALMEIDA, Rafael Luft de. **A liberdade de expressão e o discurso de ódio na era da internet**. São Paulo: Revista de Direitos das novas tecnologias. 2012.
- BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. O princípio da proporcionalidade na quantificação da indenização por danos morais no ambiente de trabalho: o instrumento balizador para a utilização dos critérios de justiça trabalhista. In **Direitos sociais e ambientais**. No prelo.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 24ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007.
- BARBOSA, Ruy. **República: teoria e prática (textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República)**. Petrópolis/Brasília, Vozes/Câmara dos Deputados, 1978.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 30 de abril de 2016.
- BRASIL. **Lei 7.716 de 5 de janeiro de 1989**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm)>. Acesso em 30 de maio de 2016.
- BRASIL. **Lei 8.081 de 21 de setembro de 1990**. Disponível em: <[http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw\\_Identificacao/lei%208.081-1990?OpenDocument](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%208.081-1990?OpenDocument)>. Acesso em 30 de maio de 2011.

BRASIL. **Lei 9.459 de 13 de maio de 1997.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9459.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9459.htm)>. Acesso em 30 de maio de 2016.

BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 05 de maio de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Habeas Corpus . 82.424-2/RS.** Relator: CORRÊA, Mauricio. Publicado no DJ de 19-03-2004. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em 15 de junho de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130/DF.** Relator: BRITTO, Carlos. Publicado no DJ de 06-11-2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em 15 de junho 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815/DF.** Relatora: LUCIA, Carmen. Publicado no DJ de 01-02-2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em 15 de junho de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão Monocrática no Recurso Extraordinário 638565/AP.** Relator: BRITTO, Ayres. Publicado no DJ de 09-12-2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=638565&classe=RE&codigo=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 15 de junho de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão Monocrática na Reclamação Constitucional 18776/RJ.** Relator: TOFFOLI, Dias. Publicada no DJ de 08-10-2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=18776&classe=Rcl&codigo=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 15 de junho de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Agravo em Recurso Extraordinário 891647/SP.** Relator: MELLO, Celso de. Publicado no DJ de 21-09-

2015. Disponível em:  
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=891647&classe=ARE&codigo=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 15 de junho de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Reclamação Constitucional 15887/DF**. Relator: FUX, Luiz. Publicado no DJ de 24-06-2013. Disponível em:  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484308>>.  
 Acesso em 15 de junho de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial 230095/RS**. Relator: SALOMÃO, Luis Felipe Publicado no DJ em 14-08-2013. Disponível em:  
[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201400822328&dt\\_publicacao=05/11/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201400822328&dt_publicacao=05/11/2014)>. Acesso em 16 de junho de 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Acórdão em Agravo de Instrumento 2015.069967-6/Chapecó**. Relator: FORNEROLLI, Luiz Antônio Zanini. Publicado no DJ de 14-03-2016. Disponível em:  
[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAANqbhAAH&categoria=acórdão](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAANqbhAAH&categoria=acórdão)>. Acesso em 16 de junho de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão com Repercussão Geral em Recurso Extraordinário com Agravo 660861/MG**. Relator: FUX, Luiz. Publicado no DJ de 07-11-2012. Disponível em:  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3058915>>.  
 Acesso em 16 de junho de 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5ª ed., Coimbra, Almedina, 1991.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 3ª ed., Coimbra: Coimbra, 1984.

CHUERI, Vera Karam. **Filosofia do direito e modernidade – Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: JM, 1995.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

COLIVER, Sandra. BOYLE, Kevin. D' SOUZA, Frances. **Striking a balance: Hate speech, freedom of expression and non-discrimination**. London and Human Rights Centre, University of Essex, 1992.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceitos de princípios constitucionais**. 2ª ed., São Paulo: RT, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías. La ley del más débil**. Madrid: Trotta, 1999.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. São Paulo: RT, 1990.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Oxford: Oxford University Press, 1960.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle da constitucionalidade: teoria e prática**. 4ª ed., Salvador: JusPodivm, 2010.

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. In **Os Pensadores – Kant (II)**, Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

LARENZ, Karl. **Allgemeiner teil des Deutschen bürgerlichen rechts**. München: Beck, 1967.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y Constitución**. 5ª ed., Madrid: Tecnos, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

MOSSÉ-BASTIDE, RoseMaria. **La liberté**, Paris: PUF, 1974.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em 19 de abril de 2016.

PINTO FERREIRA, Luiz. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. 6ª ed., 2 volumes, São Paulo, Saraiva, 1983.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32<sup>a</sup> ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais 798, 2002.

STERN, Klaus. **Derecho del Estado de la República Federal alemana**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.